LA LÉGISLATION EN QUESTION

Mémoires du concours
Perspectives juridiques 1999

Les textes de ce recueil ont été préparé dans le cadre du concours « Perspectives juridiques 1999 » parrainé par la Commission du droit du Canada, l'Association canadienne des professeurs et professeures de droit, l'Association canadienne Droit et Société et le Conseil canadien des doyens et doyennes des facultés de droit. Les points de vue exprimés sont ceux des auteur(e)s et ne réflètent pas nécessairement ceux de la Commission du droit ni des autres parrains. L'exactitude de l'information contenue dans ce document est l'unique responsabilité des auteur(e)s.

This document is also available in English under the title *Perspectives on Legislation : Essays from the 1999 Legal Dimensions Initiative* , ISBN:0-662-28678-2 Cat. no.: JL2-9/2000E.

Les deux versions de ce document sont aussi disponibles sur le site web de la Commission du droit du Canada : www.cdc.gc.ca

© Commission du droit du Canada

ISBN : 0-662-84443-2
Cat. no.: JL2-9/2000F

Avant-propos

En février 1999, la Commission du droit du Canada a lancé le premier concours de recherche socio-juridique, qui deviendra, on l'espère, annuel, de concert avec l'Association canadienne des professeurs de droit, l'Association canadienne Droit et Société et le Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada.

Le concours Perspectives juridiques a eu pour thème en 1999 « la Législation en question ». Au total, plus de vingt-quatre universitaires spécialistes du droit, des sciences politiques, de la philosophie, des études féministes et de la criminologie ont soumis des propositions.

Les auteurs ont présenté les résultats projets de leur recherche au Congrès des humanités et des sciences sociales, à Sherbrooke (Québec), lors d'une séance conjointe de l'Association canadienne Droit et Société et de l'Association canadienne des professeurs de droit le 6 juin 1999. Les organismes de coparrainage remercient les auteurs de leurs efforts de préparation et de révision.

La Commission du droit du Canada fera parvenir aux membres de l'Association canadienne Droit et Société et de l'Association canadienne des professeurs de droit ce recueil en anglais et en français. On peut s'en procurer des exemplaires bilingues ou unilingues par demande écrite à :

La Commission du droit du Canada
473, rue Albert,
11e étage,
Ottawa (Ontario)
K1A 0H8

ou par courriel à **info@cdc.gc.ca**

La présente publication existe sous format électronique en version complète anglaise et française sur le site web de la Commission du droit du Canada – **www.cdc.gc.ca**.

Table des matières

Préface iii

Table des matières v

Introduction : La législation, science normative
Roderick A. Macdonald, Président, La Commission du droit du Canada 1

Le pouvoir discrétionnaire de poursuivre en tant que complément à la réforme législative : Le scénario post-article 43 du *Code criminel*
Mark Carter, Université Simon Fraser 11

De parole : Rapprochement de la culture juridique canadienne et de celle des Mohawks de Kahnawake dans la négociation et l'etablissement de l'autodétermination
E. Jane Dickson-Gilmore, Faculté de droit, Université Carleton 51

Mieux vivre par la Loi? Enquête sur la théorie *parens patriae*
Anne McGillivray, Faculté de droit, Université du Manitoba 83

« Portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada »
Michel Morin, Faculté de droit, Université d'Ottawa 139

Les parties principales face à la compartimentation : Réexamen du droit relatif à la discrimination
Denise G. Réaume, Faculté de droit, Université de Toronto 219

Protection des renseignements personnels et commerce électronique : légiférer sur les conflits d'intérêts
Teresa Scassa, Professeur associé, Faculté de droit de l'Université Dalhousie 251

Introduction : La législation, science normative

Roderick A. Macdonald
Président
La Commission du droit du Canada

I. **Introduction** 2

II. **Le concours des Perspectives juridiques** 2

III. **Objet et effet normatif des texts législatifs édictés** 5

IV. **Les lois implicites de la fonction législative** 7

V. **Repenser la législation** 9

I. Introduction

Pour de nombreux Canadiens et Canadiennes, l'essence du droit se résume aujourd'hui à l'édiction explicite de règles officielles par un corps législatif tel que le Parlement. Il y a lieu de s'interroger sur cette acception établie.

Pour commencer, de nombreuses règles juridiques officielles sont édictées par des organes officiels non parlementaires tels que conseils municipaux ou scolaires et organismes administratifs. Qui plus est, de nombreuses règles juridiques sont édictées ou promulguées sans aucune intervention de l'État : règlements associatifs, ceux des associations de propriétaires de chalet, des syndicats, des universités, des personnes morales. D'autres règles telles que des normes techniques ou des règlements d'immeubles résidentiels, se trouvent incorporées à des documents tels que des contrats de vente, des conventions collectives, des baux. Ces exemples suggèrent que la façon dont la législation exprime des règles par écrit est ce qui la caractérise, non pas la source de ces règles.

La création volontaire et délibérée de règles explicites qui régissent le comportement n'est que l'un des moyens par lequel l'État canadien exprime le droit officiel. Nombre de nos règles juridiques essentielles sont issues des décisions judiciaires; d'autres résultent simplement des modèles d'interaction établis par lesquels les gens adaptent réciproquement leur comportement aux besoins et aux attentes des autres; d'autres encore sont dérivées de la religion et de la morale. La législation n'est qu'une des formes juridiques par laquelle l'État reconnaît la normativité.

Ceci ne revient pas pour autant à affirmer que la législation dans son acception populaire n'est pas un élément important du droit canadien contemporain. La plupart des propositions de réforme du droit présupposent après tout que cette réforme aura lieu après que le Parlement ou une assemblée législative provinciale aura édicté une loi. Les universitaires et les responsables de d'élaboration des politiques s'efforcent aussi à présent de comprendre les diverses formes de la législation en tant qu'action légiférante, ses fonctions et ses limites. Le présent recueil reflète cette tendance et s'inscrit dans le cadre du programme de recherche qu'a adopté la Commission du droit du Canada pour son thème des « Rapports de gouvernance ».

II. Le concours des Perspectives juridiques

Ce concours, parrainé par la Commission du droit du Canada, l'Association canadienne des professeurs de droit, l'Association canadienne Droit et Société et le Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada, a eu pour thème en 1999 « la Législation en question ». Il s'agissait d'intéresser des universitaires spécialistes notamment du droit, des sciences politiques, de la philosophie, de l'administration publique, des études féministes et de la criminologie à la fonction de la législation dans les

démocraties libérales contemporaines. L'avis du concours reprenait les idées suivantes.

> On peut envisager que le droit vise à assujettir la conduite des hommes à des règles. Dans cette optique, il doit donc conduire avocats, juges, universitaires, parlementaires et citoyens à rechercher les principes et les moyens de l'ordonnancement social grâce auquel les êtres humains puissent fonctionner en paix et de façon productive et juste dans la société moderne.
>
> Néanmoins, en grande partie axée sur les politiques de fond qu'il conviendrait d'adopter, la réflexion actuelle sur le droit prête peu attention à la manière dont ces politiques sont exprimées. Les parlementaires sont enclins à promulguer des lois qui abordent directement le problème(souvent par interdiction pénale) à ce qu'ils ou elles considèrent comme une pression des citoyens pour obtenir des modifications législatives. Par exemple, si trop d'entreprises licencient leurs ouvriers, adoptons une loi qui leur interdisent de licencier; si trop de jeunes commettent des actes de vandalisme, adoptons une loi qui les fasse goûter à la discipline militaire des camps; si trop de pères ne versent pas de pension alimentaire, adoptons une loi qui saisisse leur salaire.
>
> Ce genre de réflexe instrumentaliste inspire aussi de nombreuses analyses érudites. Que la réflexion critique porte sur « le droit et l'économie » ou sur « les théories féministes » et se fasse dans le cadre d'une discipline comme le droit, la linguistique, la sociologie ou la criminologie, on prend pour acquis que la conversion d'une politique en règle juridique par le truchement de la législation pose peu de problèmes. On met avant tout l'accent sur les résultats : étant donné l'objectif de « maximisation des richesses », que devraient être les règles de fond régissant les biens, les délits et les contrats? Ou encore, étant donné « une analyse comparative entre les sexes » du droit des biens et du droit fiscal, comment faudrait-il redéployer le droit positif? Même quand ceux et celles qui adoptent une perspective véritablement critique prennent des mesures, ils et elles ne les perçoivent que comme des questions « techniques » portant par exemple sur les procédures de rédaction législative et les règles de l'interprétation des lois.
>
> Pourtant, l'utilisation de la législation pour exprimer des normes dans des sociétés présentant des différences linguistiques et ethniques est complexe et soulève un certain nombre de questions délicates sur les plans philosophique, linguistique, sociologique et sur le plan de la gestion. Par exemple, que nous apprennent les perspectives critiques sur le bien-fondé de codifier la partie générale du droit pénal? Ou encore, quelle est sémiotiquement la conséquence de la rédaction simultanée en anglais et en français des lois fédérales ainsi que du fait qu'elles doivent s'appliquer à la fois aux provinces de droit civil et de common law? La Commission du droit du Canada estime que le fait même de définir ces questions et de les envisager selon des points de vue multidisciplinaires

peut contribuer de façon notable à nous faire comprendre comment l'élaboration du droit et sa réforme pourraient se faire plus efficacement au Canada.

On a invité les universitaires qui ont contribué à cette collection à présenter des propositions touchant au moins l'une des questions suivantes sur la fonction de la législation.

1. La législation reste-t-elle une manière viable d'établir ou de réformer le droit, qu'il s'agisse du droit de l'État ou du droit de tout autre corps constitué?

2. Dans l'affirmative, comment le Parlement, les assemblées législatives, les sociétés, les syndicats, les universités, les associations et d'autres organismes législatifs devraient-ils légiférer?

3. Notre incapacité de tenir la législation à jour signifie-t-elle que nous devons concevoir une nouvelle manière de rédiger le droit et une nouvelle théorie de l'interprétation judiciaire?

4. Est-il possible de codifier le droit à la fin du XX[e] siècle, qu'il s'agisse du droit civil du Québec, de la *common law* ou du droit pénal?

5. Possédons-nous des données suffisantes sur le moment où les organismes délibérants devraient convertir leurs politiques en textes législatifs, sur la manière dont ils devraient procéder et même sur le bien-fondé de le faire?

6. Quelles devraient être les caractéristiques des textes législatifs, tant sur le plan du fond que sur celui de la forme? Existe-t-il de meilleurs et de moins bons objectifs qu'il faut s'efforcer d'atteindre par voie législative? Existe-t-il de meilleures et de moins bonnes manières de formuler des règles législatives?

7. La législation a-t-elle un rôle symbolique, non fonctionnel? Sur quelles hypothèses repose l'utilisation de la législation pour réglementer le comportement?

8. Certaines lois ou certaines autres formes de législation ont-elles un rôle culturel ou iconique? Dans l'affirmative, ce rôle a-t-il une incidence sur la manière dont elles sont rédigées et sur ce qu'elles visent à réglementer?

9. Les différentes collectivités réagissent-elles différemment à différentes formes d'expression législative? Dans l'affirmative, devrait-on s'efforcer de réduire la dissonance entre les différentes réactions socioculturelles?

10. Que nous apprend le bilinguisme juridique (ou dans des organismes non officiels, le multilinguisme juridique) sur la sémiotique de la législation? (comment obtenir une équivalence véritable de chaque version linguistique du texte législatif)

11. Que nous apprend le plurijuridisme - common law, droit civil, droit autochtone du Nunavut – (ou bien le droit local de l'organisme, dans le cas des organismes non

officiels) sur la façon dont il nous faut légiférer afin de réconcilier des concepts juridiques apparemment conflictuels?

III. Objet et effet normatif des textes législatifs édictés

Les questions sur « ce que nous essayons de faire avec la législation (son objet) » et sur « l'effet normatif de la fonction législative explicite par édiction (quelles conséquences a la promulgation d'une loi) » se situent au cœur des interrogations les plus fondamentales sur le droit. Trois textes dans cette collection les abordent directement.

En premier lieu, « que tentons-nous d'accomplir par l'édiction de textes législatifs »? Aujourd'hui encore, certains pensent que les lois diffèrent peu des ordres qu'un officier donne à un inférieur, un gestionnaire à un subalterne ou un parent à son enfant. Dans cette optique, une loi est un ordre que renforce la coercition. Pourtant la législation contemporaine est de toute autre nature. Le Parlement du Canada après tout n'affronte pas physiquement en face à face les citoyens à qui s'adressent ses lois. Qui plus est, la langue des lois est par nécessité plus abstraite. Un parent peut dire à son enfant « ne mange pas ce gâteau! » Étant donné le contexte, il existe habituellement une relation directe entre l'énoncé de l'ordre et une action visée relativement évidente. Par contre, aucune loi, aucun règlement, qu'il émane d'une municipalité ou d'une personne morale, ne peut énoncer entièrement les conditions de sa propre application. Un texte législatif doit s'interpréter, puis s'appliquer. Autrement dit, édicter n'est pas ordonner; c'est une hypothèse de normativité.

Les règles juridiques ne sont pas autogènes. Un ordre peut être la réflexion épisodique ou ponctuelle d'une relation de pouvoir. Un texte législatif par contre résulte toujours d'un long processus de débats et de délibérations. Le législateur discute de la nature de la règle et du contenu dont il convient de la pourvoir. Il débat de la meilleure façon de formuler la règle et des questions de portée trop large ou trop restrictive. Le débat sur la forme et la portée de la législation fait partie des délibérations politiques, que ce soit au niveau de l'État ou à celui d'un règlement associatif.

Les règles juridiques ne sont pas auto-exécutoires. Elles apportent plutôt une charpente qui permet d'analyser et de comprendre les interactions humaines. Les lois structurent des propositions dont citoyens, avocats et tribunaux vont débattre et décider. La disposition législative selon laquelle le vendeur doit remettre à l'acheteur un objet de « qualité marchande » et « sans vice caché » invite à se demander : suis-je le vendeur? l'acheteur? est-ce là l'objet que vise la loi? est-il de « qualité marchande »? Une telle règle législative a pour objet de fournir un vocabulaire et une structure qui permettront à des gens en désaccord sur un produit qui a circulé entre eux de débattre de leur différend et de le régler de façon non conflictuelle.

La reconnaissance que le Parlement ne peut simplement contrôler un résultat a des répercussions frappantes sur le processus législatif. Celle-ci met en effet en lumière le fait que la plupart des textes législatifs visent à faciliter plutôt qu'à sanctionner et à

structurer la façon d'exécuter certaines activités. Même des lois qui apparemment visent à sanctionner facilitent en réalité des interactions humaines en ce qu'elles apportent des lignes directrices à l'application de l'énergie humaine. Une règle selon laquelle il faut conduire à droite de la ligne médiane qui divise la chaussée comporte certainement l'interdiction de conduire à gauche. Considérer que cette règle est restrictive, c'est oublier l'importante fonction de coordination de telles règles.

Il s'ensuit qu'il s'agit surtout dans le processus législatif de comprendre quand des règles explicites peuvent s'imaginer, se rédiger et se promulguer d'une façon telle que les personnes qu'elles visent en reconnaissent le bon sens et s'y conforment d'elles-mêmes. Connaître les conditions selon lesquelles des règles édictées peuvent accomplir cette fonction de coordination, même quand elles visent essentiellement à interdire et envisager comment ces règles devraient être rédigées en conséquence sont des aspects fondamentaux de la fonction législative.

Réfléchissons **en deuxième lieu** à « l'effet normatif de la fonction législative explicite par édiction ». Les deux notions de législation et d'action réglementaire de l'État sont à la fois distinctes et non congruentes. Certes le Parlement édicte des textes législatifs, mais les assemblées législatives élues n'en ont pas le monopole. Les gouvernements réalisent bien sûr nombre de leurs ambitions réglementaires en demandant au Parlement de promulguer des lois; mais ils peuvent aussi recourir à de nombreux autres moyens de gouvernance publique – enseignement, contrats, subventions, par exemple. Ce dernier point attire notre attention dans le contexte qui nous occupe. Quand une activité est abandonnée « à la jurisprudence commune » ou encore « au marché », elle se trouve réglementée tout autant que si elle faisait l'objet de mesures législatives explicites. La déréglementation et l'absence de réglementation sont des régimes tout aussi normatifs que ceux des lois édictées par le Parlement. Elles sont en fait des régimes réglementaires sans les contrôles démocratiques officiels qui accompagnent en principe les régimes de gouvernance annoncés dans la législation.

De cette conclusion découlent deux conséquences importantes pour la manière dont la science législative est conçue. Elles sont particulièrement manifestes quand on considère cette forme de législation que l'on appelle subordonnée ou déléguée. Estimer que des contrôles démocratiques normaux s'appliquent seulement quand le Parlement édicte des textes législatifs ou bien quand il autorise explicitement l'élaboration de textes réglementaires revient probablement à passer à côté de grands pans de l'action législative au Canada aujourd'hui. On ouvre ainsi la voie à ce que les autorités élaborent des règles qui ne respectent pas certaines normes de procédure ou de fond qui devraient, selon nous, s'appliquer aux textes législatifs.

C'est surtout une invitation à ce que des intervenants du secteur privé présentent au gouvernement des régimes de réglementation négociés et intéressés, fin prêts, ni démocratiques, ni publics (conçus en général pour empêcher l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs ou pour répartir entre les citoyens une grande proportion des dépenses privées). De tels régimes intéressés sont ensuite proposés en tant que normes à incorporer par renvoi dans le régime législatif d'ensemble géré au vu et au su de tous et dans l'intérêt de tous par le Parlement.

Ces réflexions appellent une analyse des conséquences perverses de toutes les règles promulguées. On peut qualifier cette idée de « logique de ce qui est tacitement permis ». Tous les efforts explicites pour énoncer que ce soit le fond ou la forme du droit ont pour corollaire permis l'autorisation tacite de ce qui n'appartient pas directement à la définition de l'activité en question. Par exemple, une *Loi sur l'accès à l'information* non seulement établit les conditions dans lesquelles un gouvernement peut être contraint à communiquer des renseignements; elle a aussi pour corollaire de fournir une excuse officielle en béton à un gouvernement qui n'a la volonté de communiquer aucun renseignement d'une nature qui ne soit pas prévue par l'obligation de communication. En général, les définitions et les concepts juridiques qui ne sont pas finalistes risquent véritablement de générer d'amples zones de comportements non réglementés; même les définitions et les concepts finalistes peuvent être gênés par des exclusions explicites.

IV. Les lois implicites de la fonction législative

Ces observations suggèrent qu'il y a lieu d'étudier attentivement les aspects pragmatiques de la fonction législative. D'autres questions sont tout aussi importantes. Étant donné les fins et les effets des promulgations, des considérations précises ne devraient-elles pas charpenter ou restreindre le mode de rédaction législative? Trois autres articles dans cette collection du recueil développent cette question. On a avancé il y a quelques années l'idée que si la législation avait pour objet de fournir des principes reconnaissables et utiles grâce auxquels les personnes peuvent orienter le comportement qu'elles ont les unes envers les autres, les lois devraient respecter certaines exigences de forme.

En premier lieu, il a été observé qu'un régime de règles édictées présuppose un degré de **généralité** tel que les décisions ne sont pas simplement prises au cas par cas. Un parlement doit se préoccuper d'énoncer la norme à un degré suffisant de généralité de sorte qu'il soit véritablement législatif. Des règles qui ne s'appliquent qu'à un seul cas ne sont pas des règles, quelles que soient leurs autres caractéristiques.

Le second principe de l'intégrité législative est celui de la **promulgation**. L'existence de lois secrètes, non publiées ou inaccessibles porte atteinte à ce principe. Dans une démocratie parlementaire, les lois sont rarement secrètes, mais elles peuvent être adoptées d'une façon qui échappe à l'attention des citoyens. Par exemple, des mesures législatives adoptées en grand nombre et en hâte; des lois dont les titres portent volontairement à confusion ou qui dissimulent des dispositions législatives bizarres dans de longs textes; des lois cadres creuses où tout se trouve dans les règlements ou dans les principes incorporés par renvoi.

Le troisième principe est celui de la **non rétroactivité**. Si la législation a pour objet de permettre aux citoyens d'orienter leur comportement par référence à des règles, celles-ci de toute évidence doivent surtout concerner l'avenir. Le réflexe de faire appel à des lois rétroactives pour « résoudre un problème » trahit une vue bien naïve de la façon dont l'action législative suscite engagement et fidélité chez les citoyens.

Le quatrième principe est celui de **l'intelligibilité**. Le terme fait ici référence au contenu, au fond de la législation. Lorsque les lois sont si détaillées, si complexes, si absconses que seuls les spécialistes peuvent les comprendre, on ne peut affirmer qu'elles permettent d'orienter les interactions humaines auto-dirigées. La législation doit être rédigée de sorte qu'elle soit intelligible pour l'audience qu'elle vise : des textes législatifs fixant des normes pour l'industrie peuvent bien sûr être techniques et détaillées, pour autant qu'elles sont dans la langue de l'industrie visée.

Le cinquième principe est celui du **non-contradictoire**. Les lois comportent rarement des contradictions explicites. Par contre on rencontre souvent des contradictions implicites ou encore des objectifs de politiques fonctionnant à contre courant entre deux ou plusieurs lois. Ce genre de contradiction surgit surtout dans la législation fiscale, quand les parlements tentent de guider par l'imposition certains types de comportement. Elle a quelquefois pour conséquence que différentes lois fiscales proposent des mesures d'encouragement et de dissuasion incohérentes, qui entrent en conflit avec les objectifs politiques dans les textes législatifs touchant l'emploi, le logement ou la protection des consommateurs.

Le sixième principe est celui que la législation ne doit pas exiger **l'impossible**. Ce terme ici ne s'entend pas de l'impossibilité absolue, même si cela de toute évidence restreint l'action du Parlement. L'impossibilité devrait recevoir une acception large, afin de renvoyer à l'idée que la législation ne doit pas exiger que l'on prenne des décisions morales ou éthiques au-delà de la capacité du citoyen moyen. Nous ne sommes pas tous des saints et il n'y a pas lieu de structurer les lois en supposant que nous le sommes.

Le septième principe est celui de la **constance dans la durée**. L'une des grandes fins de la forme législative est bien sûr de garantir que le Parlement puisse modifier la législation selon que l'exige la situation. Une politique législative judicieuse signifie avant tout qu'il n'est pas nécessaire de reprendre constamment les textes législatifs pour assurer qu'ils satisfassent à leurs objectifs déclarés.

Le huitième principe enfin est celui de la **congruence** entre ce que signifie une loi pour le citoyen moyen et son interprétation par les juges. Ce principe concerne autant la méthode judiciaire que la politique législative. Si les juges ne s'efforcent pas de collaborer avec les assemblées législatives en donnant aux lois leur signification, les citoyens ne sont pas plus avancés que si ces lois manquent d'intelligibilité dès le début.

Cet examen des normes implicites de la fonction législative vise à suggérer qu'elles devraient être au centre de tout effort législatif. Il ne s'agit pas bien sûr d'alléguer qu'elles devraient être elles-mêmes édictées par le Parlement en tant que mesure régissant le processus législatif. Le caractère officiel et public de la législation parlementaire et la transparence accrue du processus suffisent souvent à garantir le respect de la primauté du droit et de la constitution. Il convient toutefois de se rappeler que le respect de ces principes appartient aux cultures des démocraties libérales; il faut souvent rappeler aux parlementaires et aux gouvernements qu'une législation efficace exige l'engagement et la collaboration des citoyens. Ceci est particulièrement vrai des règlements et des autres textes législatifs subordonnés qui par nature sont élaborés selon des modes moins officiels, moins publics et avec moins de transparence explicite.

V. Repenser la législation

Les défis que suscitent les essais du présent recueil peuvent se résumer en une série d'hypothèses sur la fonction et la forme de la législation canadienne contemporaine, que la COMMISSION DU DROIT DU CANADA continue d'approfondir dans sa recherche sur le thème des rapports de gouvernance. On peut formuler ces hypothèses par des questions:

1. Dans une démocratie libérale, faut-il supposer que les citoyens soient capable de libre-arbitre ?

2. Quand les corps législatifs s'efforcent d'édicter des règles, faut-il supposer que les citoyens sont capables d'adapter leur comportement aux règles édictées?

3. Les principes fondamentaux d'une politique législative judicieuse peuvent-ils entièrement s'énoncer à l'avance? Ou bien refléteront-ils toujours une alliance de normes à la fois explicites et implicites?

4. L'orientation fondamentale des règles doit-elle être d'établir un cadre général qui permette aux citoyens d'interagir de façon auto-dirigée? Ou bien doit-elle être de réglementer les comportements en détail?

5. Puisque les communautés sociologiques et virtuelles réagissent différemment à différentes formes d'expression législative, convient-il de rédiger les textes législatifs en conformité avec le droit implicite des communautés?

6. Des concepts « fonctionnels », plutôt qu' « essentiels », conviennent-ils pour que le droit s'exprime à la fois par le symbolique et par le pratique et puisse saisir les notions de la normativité qui convient à ses destinataires?

7. Comment la législation peut-elle se concevoir de sorte qu'elle suscite d'une part, des interprétations et des applications amiables et non contradictoires (grâce notamment aux modes alternatifs de règlement des conflits, aux règlements, à la médiation, à la négociation) et d'autre part, l'élaboration de recours et de mesures de réparation prospectifs (par exemple, la justice réparatrice et la justice transformatrice)?

Bien sûr, quelle que soit l'importance de la législation dans notre monde moderne, elle demeure qu'une forme de droit parmi plusieurs. Et quelle que soit l'importance de la législation qu'édictent les gouvernements, ceux-ci ne sont néanmoins qu'un législateur moderne parmi d'autres. Voilà les grandes leçons qui se dégagent des six travaux du présent recueil. La COMMISSION DU DROIT DU CANADA exprime ses remerciements aux auteurs et espère que le lecteur trouvera ici des réflexions stimulantes sur l'art contemporain de la législation au Canada.

Le pouvoir discrétionnaire de poursuivre en tant que complément à la réforme législative : Le scénario post-article 43 du *Code criminel*

Mark Carter
Université Simon Fraser

I. **Introduction : institutionnaliser le caractère informel** 12

II. **Pouvoir discrétionnaire** 16
- A. Le contexte théorique du pouvoir discrétionnaire 16
- B. La place du pouvoir discrétionnaire dans ce contexte théorique 17
- C. Intérêt récent à l'égard de la prise de décision discrétionnaire : mise en contexte 19
- D. Prise de décisions discrétionnaire, contextuelle, dans l'administration du droit pénal 21
- E. Résumé 22

III. **La défense fondée sur la force pour corriger** 22
- A. Article 43 du *Code criminel* 22
- B. Le contexte de la réforme 23

IV. **Pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans le contexte post-article 43 du *Code criminel*** 26
- A. Le cadre général du pouvoir discrétionnaire de poursuivre 26
- B. Pouvoir discrétionnaire de mettre fin aux procédures ou de les suspendre 28
- C. Le recours en révision relativement au pouvoir discrétionnaire de mettre fin ou de suspendre les procédures 30
- D. Résumé 30

V. **Analysis critique** 31
- A. Aspects problématiques du concept du pouvoir discrétionnaire 31
- B. Les intérêts des victimes de la force parentale 33
- C. Activité discrétionnaire dans le contexte particulier du droit pénal 35
- D. Les conséquences de l'abrogation de l'article 43 sur le pouvoir discrétionnaire de poursuivre 36

VI. **Conclusion** 38

Notes de fin de document 39

I. Introduction : institutionnaliser le caractère informel

L'exercice du pouvoir discrétionnaire par les avocats demeure un élément délicat de notre tradition juridique : « toujours au courant, toléré à contrecœur »[1]. Cependant, il existe actuellement un intérêt à l'égard du potentiel évolutif des pouvoirs discrétionnaires des auxiliaires de la justice quant au choix entre différentes lignes de conduite et aux décisions qui ne sont pas dictées par les règles juridiques. En réalité, dans certains cercles, l'on présente le pouvoir discrétionnaire comme un « grand espoir » relativement à la capacité de notre système judiciaire de s'adapter aux besoins et aux exigences d'une société de plus en plus pluraliste. Le fait de maximiser l'étendue du pouvoir discrétionnaire des décideurs judiciaires ainsi que l'application de ce pouvoir à de nouveaux lieux peuvent faciliter la recherche de concepts de justice et de buts politiques qui sont traditionnellement limités dans notre système; celui-ci est, en effet, principalement fondé sur une justice où la prise des décisions et le processus sont avant tout dictés par les règles.

Il est trop tôt pour dire si le pouvoir discrétionnaire peut permettre de relever ce défi. À n'en pas douter, il serait difficile de définir les véritables normes de succès en cette matière. Ce que nous pouvons faire, en revanche, c'est réfléchir à des questions intéressantes et stimulantes au sujet du fonctionnement du pouvoir discrétionnaire dans des contextes particuliers et tel que l'exercent certains acteurs du système judiciaire. Ce document se concentrera sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans l'administration du droit pénal. De plus, bien que la prise des décisions discrétionnaire par les juges ait reçu une très grande attention de la part des chercheurs en droit jurisprudentiel, cette discussion se penchera principalement sur la prise des décisions par les procureurs de la Couronne.

La question la plus générale de cette discussion est la nature du rapport entre le programme en matière de pouvoir discrétionnaire et celui de la réforme du *Code criminel* [2]. Le *Code criminel* et la magistrature ont toujours permis, confirmé la légitimité ou, du moins, toléré un éventail d'activités discrétionnaires de la part des procureurs de la Couronne[3]. Cette discussion examinera les conséquences qu'il y a à s'appuyer sur ces lieux traditionnels du pouvoir discrétionnaire pour compléter et faciliter des stratégies nouvelles et progressistes de réforme du droit, ou à se donner de nouveaux lieux d'exercice du pouvoir discrétionnaire pour atteindre des objectifs semblables.

Dans cette discussion, l'expression « stratégies progressistes de réforme du droit » réfère à deux types généraux d'initiatives. Premièrement, la référence à de telles stratégies comprend les tentatives de modifier la nature et l'application du droit pénal de manière à diminuer les fardeaux non proportionnels qu'il fait porter à certains groupes. Parmi les exemples les plus évidents de ce type de discrimination systémique au Canada est la surreprésentation des Autochtones devant les tribunaux et dans les prisons. Un deuxième thème des stratégies progressistes de réforme du droit est la tentative de définir les moyens par lesquels le droit pénal fonctionne de telle manière à compromettre les intérêts en matière de sécurité des personnes les plus vulnérables à

l'activité violente et la tentative d'y apporter des corrections. Les champs de préoccupation à cet égard, qui peuvent être le centre d'intérêt des stratégies progressistes de réforme du droit, sont les moyens de défense au criminel. Certaines défenses cherchent non seulement à excuser une conduite violente dans certaines circonstances, mais aussi à l'approuver ou à la favoriser en la caractérisant de « justifiée ».

L'une de ces justifications formelles de la conduite violente, la défense fondée sur la « force pour corriger » prévue à l'article 43 du *Code criminel*, est le centre d'intérêt de ce document, qui porte sur le rapport entre le pouvoir discrétionnaire et les initiatives de réforme du droit. L'article 43 permet aux instituteurs, aux parents et aux personnes qui remplacent les parents de se défendre contre une accusation de voies de fait — au moins[4] — lorsque leurs victimes sont leurs élèves ou leurs enfants, respectivement. L'abrogation de l'article 43 du *Code criminel* répondrait à l'important objectif de la réforme du droit qui consiste à améliorer la sécurité physique des enfants. Comparativement aux programmes de réforme législative qui sont « positifs » en ce qu'ils comprennent la création de nouvelles règles légales, cette proposition de réforme du droit est « négative » en ce qu'elle se satisferait de l'abrogation de l'article 43 du *Code criminel*.

En opposition à cet objectif de la réforme du droit, il existe un courant de l'opinion selon lequel la norme de la « force raisonnable » prévue par cet article a permis aux juges de décider quand les « limites importantes sont franchies » entre les situations où il faut ou non appliquer la notion des voies de fait prévue dans le droit pénal[5]. La majorité des membres de la Commission de réforme du droit du Canada a exprimé cette opinion. Dans *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, la Commission a signalé que la majorité des membres pensaient qu'une telle disposition (article 43, en ce qu'il concerne les parents) devait être conservée pour éviter l'intrusion de l'exercice des pouvoirs de police dans le lieu privé qu'est le foyer pour chaque claque ou fessée insignifiante[6].

En laissant de côté la question de savoir si les claques et les fessées sont des actes insignifiants, l'infraction de voies de fait en vertu de l'article 265 du *Code criminel* peut se satisfaire d'un éventail de conduites qui, pour les moins violentes, comprennent des gestes[7]. C'est à cet égard que le courant d'opinion en faveur du maintien de l'article 43 mérite une attention des plus sérieuses. Outre le fait d'infliger intentionnellement une douleur, ce qui définit plusieurs formes de châtiments corporels, des voies de fait peuvent être commises par des conduites « pour corriger » moins offensives qui peuvent être des incidents qui surviennent dans l'intendance parentale à l'égard des enfants. Une telle conduite comprend, par exemple, le fait de tirer un enfant récalcitrant par la main, de porter un tel enfant récalcitrant qui crie hors du cinéma ou de l'église, ou poser des gestes sévères à l'endroit d'un enfant. Aussi malheureux que ces exemples puissent être, il n'est pas clair qu'une poursuite au criminel représenterait la meilleure réaction[8].

Dans la même veine que la Commission de réforme du droit, ce document se préoccupera de la question de la force parentale, à l'exclusion de la force pour corriger

dans le cas d'un instituteur et d'une personne qui remplace les parents. Bien qu'il n'entre pas dans le cadre de cette discussion d'élaborer sur ce point, mentionnons que l'usage de la force contre les enfants par des instituteurs et d'autres adultes qui surveillent les enfants soulève des enjeux qui se distinguent de ceux entourant la force parentale.

S'il y a quelque matière à argumenter que le droit en matière de voies de fait doit s'appliquer de manière qui soit occasionnellement attentive à la situation unique des parents, ce travail suggérera que la présence de l'article 43 dans notre droit est néanmoins trop inadmissible sur le plan symbolique et qu'on peut en démontrer le caractère trop offensant en pratique pour qu'on le conserve. Par conséquent, il sera nécessaire de tracer les limites entre les situations où la loi montrera ou ne montrera pas cette attention en l'absence du moyen statutaire de défense qu'est la force pour corriger. Qui plus est, il faudrait décourager les juges de développer un remplacement de la défense fondée sur l'article 43 dans la common law, car le contraire consisterait à reproduire ce symbolisme inadmissible.

Une option de remplacement, proposée par au moins l'un des défenseurs de l'abrogation de l'article 43 du *Code criminel*, est que le pouvoir discrétionnaire peut offrir un moyen terme entre le moyen de défense statutaire et un régime légal qui ne fait aucune concession dans l'administration de sa loi sur les voies de fait en ce qui concerne l'application par les parents de la force à l'endroit de leurs enfants. Dans son commentaire sur l'arrêt de la Cour suprême *Ogg-Moss c. R.*, qui fait jurisprudence, Sheila Noonan a écrit :

> Il ne s'agit pas de suggérer que chaque exercice de la force physique contre un enfant devrait entraîner une accusation au criminel... il peut y avoir des cas... où les adultes peuvent être coupables d'une infraction dans des circonstances pour lesquelles une peine semblerait injuste. Néanmoins, cette reconnaissance n'est pas une raison suffisante pour abroger le droit de l'enfant à la dignité et à la sécurité corporelle. *Il faudrait espérer que de tels cas soient traités adéquatement par le moyen de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou de la police*[9].

Ce document examine la suggestion de Noonan en rapport particulièrement avec le pouvoir discrétionnaire. Si le pouvoir discrétionnaire peut modifier l'application de la loi en matière de voies de fait dans ce domaine, une compréhension plus générale de cette possibilité peut faciliter l'acceptation de la proposition d'abroger l'article 43 du *Code criminel* par ceux qui ont l'impression que notre droit doit conserver une certaine capacité de distinguer la force parentale des autres formes d'usage de la force. Toutefois, cela soulève la question cruciale de savoir si l'on peut ou devrait s'appuyer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de cette façon : faire de manière non formelle et limitée ce qu'il est inadmissible que notre droit fasse formellement et de manière plus générale. Par surcroît, si une proposition de réforme législative comme l'abrogation de l'article 43 a pour prémisse l'attente que certains types de décisions seront prises, l'activité en question peut-elle vraiment être caractérisée de discrétionnaire. De manière

assez importante, les produits de la prise des décisions discrétionnaire sont incertains par définition.

Le pouvoir discrétionnaire a été reconnu comme un élément qui aide les législateurs à éviter ou à esquiver les choix difficiles et à les reléguer dans des lieux plus privés[10]. Le pouvoir discrétionnaire dans un contexte post-article 43 exige que nous réfléchissions à une évaluation moins cynique mais reliée à son potentiel. Pouvons-nous franchement accepter l'existence de poches de justice informelle et discrétionnaire pour compléter un système officiel de règles duquel on aurait extrait expressément des dispositions, et ce, pour arriver exactement aux mêmes résultats ? Autrement, cette sorte de prise des décisions devrait-elle être rejetée ou, si on doit vraisemblablement la pratiquer de toute façon, devrait-elle continuer de creuser dans « les domaines sombres de l'indicible » où l'on a traditionnellement trouvé d'autres exemples de l'exercice du pouvoir discrétionnaire[11] ?

Ce document examinera d'abord le débat théorique qui a cours sur la nature et la légitimité du pouvoir discrétionnaire et la place qu'occupe le pouvoir discrétionnaire dans ce contexte théorique. Il proposera que l'acceptation pragmatique de la prévalence de l'activité discrétionnaire et de sa capacité de faciliter la gouvernance dans une société industrielle moderne, va dans le sens opposé d'un courant permanent de préoccupation au sujet de cette activité telle qu'exercée par les acteurs judiciaires en général et les procureurs en particulier. De plus, la discussion examinera les conséquences du fait que la recherche empirique laisse à penser qu'à l'extérieur des chercheurs juridiques, l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'émerge pas comme une sorte d'activité de fond distincte de l'activité que nous pouvons distinguer lorsqu'on suit les règles.

Ce document entreprendra ensuite d'établir son centre d'intérêt particulier en esquissant les grandes lignes de la défense fondée sur la force pour corriger et en discutant du besoin d'une réforme du droit dans ce secteur. Il examinera la possibilité que le pouvoir discrétionnaire offre quelque sensibilité aux situations empreintes de l'utilisation de la force parentale en l'absence de l'article 43. Enfin, il suggérera que les pouvoirs conférés par la common law aux avocats de la Couronne de retirer des accusations et le pouvoir qu'accorde le *Code criminel* de suspendre des accusations méritent un examen très minutieux à cet égard. La dernière partie de ce document assujettira cette possibilité à une analyse critique.

Une particularité de ce sujet est qu'il ne prête pas à de grandes conclusions concernant ce qui « devrait » être fait. Le seule position ferme que nous avançons ici est que le temps est venu d'abroger l'article 43 du *Code criminel*. Cependant, si nous sommes intéressés à ce qu'il reste quelque souplesse dans l'application de la loi dans ce secteur, le fait de cerner des lieux de discrétion où cela trouverait à se réaliser pourrait aider à la réalisation de ce projet de réforme du droit. Par ailleurs, une attitude franche au sujet de l'existence de la prise des décisions discrétionnaire dans ce secteur et le résultat possible de l'exercice de ce pouvoir, peuvent toucher trop directement une doctrine de notre culture juridique qui doit nécessairement demeurer non déclarée. Cette discussion mettra l'accent sur le caractère anormal et énigmatique du pouvoir discrétionnaire dans notre droit. Ce caractère fait qu'il est difficile de se mobiliser en vue

d'atteindre les objectifs politiques qui inspirent les programmes législatifs de réforme du droit. Ironiquement, le pouvoir discrétionnaire peut fonctionner le plus efficacement dans des situations où nous acceptons d'agir comme s'il n'existait pas. Cela représente donc une sorte de *puissance occulte* qui influe sur les initiatives progressistes des organismes de réforme du droit.

II Pouvoir discrétionnaire

A. Le contexte théorique du pouvoir discrétionnaire

Dans le principal courant de la théorie juridique, le concept de discrétion réfère à la capacité des représentants de l'État de choisir à partir de politiques différentes lorsqu'ils prennent les décisions qu'on attend d'eux[12]. Cela contraste avec les situations où l'on considère que les règles dictent les décisions. Dans la théorie constitutionnelle de A. V. Dicey, le pouvoir discrétionnaire est le repoussoir arbitraire et totalitaire du « droit ordinaire » d'application générale sur lequel repose le concept de la règle de droit même. Selon Dicey, « la règle de droit contraste avec chaque système de gouvernement fondé sur l'exercice de pouvoirs de contraintes larges, arbitraires ou discrétionnaires par les personnes en autorité[13] ». Mais actuellement, l'on conclut généralement qu'il y a un dilemme au cœur des tentatives des gouvernements modernes de suivre la prescription de Dicey en vue de réduire la prise des décisions discrétionnaire. Dans cette tentative de réglementer les activités de millions de personnes par le moyen de règles applicables de manière générale, cette généralisation même des normes limite leur efficacité. Les lois générales les mieux rédigées ne peuvent éviter un certain degré d'incomplétude, d'ambiguïté et d'injustice occasionnelle lorsqu'on les applique à de grandes populations diversifiées. Le pouvoir discrétionnaire peut aider à combler ces lacunes[14]. Voici ce que suggère Keith Hawkins : « Dans le passé, le pouvoir discrétionnaire a... été considéré comme un moyen acceptable d'individualiser l'application de la loi et d'alléger les rigueurs qui, de temps en temps, résultent de l'application objective des règles de droit[15]. » Carl E. Schneider apporte des appuis historiques à ce point de vue en remarquant le fait que les tribunaux d'équité ont été conçus pour composer avec la rigidité de la common law[16]. Lorsque les cours de common law et les tribunaux d'équité ont été combinés, le résultat a été « d'élargir la discrétion judiciaire puisque la common law a incorporé plusieurs des doctrines, des recours et des attitudes plus souples [des tribunaux d'équité]. Au demeurant, la gouvernance du Canada dépend maintenant en permanence de la délégation de pouvoirs à une surabondance d'organismes et de tribunaux qui exercent une discrétion considérable[17]. De la même manière, bien que certaines préoccupations de principe puissent demeurer au sujet de la légitimité du pouvoir discrétionnaire dans des contextes précis, son existence et son fonctionnement semblent être acceptés plutôt généralement, si l'on se fie à ce qui se passe chaque jour. Ceci étant dit, en ce qui concerne l'activité judiciaire, au moins, le rôle du pouvoir discrétionnaire a été une

préoccupation centrale de la jurisprudence anglo-américaine générale au cours de la deuxième moitié de ce siècle. Le grand exemple à cet égard a été le débat entre H.L.A. Hart et Ronald Dworkin au sujet de la nature, de l'étendue et des conséquences de la prise des décisions non fondée sur les règles par les juges. Dans le cours de sa défense du positivisme juridique contre les arguments en faveur du nécessaire contenu moral de la loi, Hart a reconnu l'existence d'une « gamme de cas qui sont matières à débat, dans lesquels les mots ne sont ni applicables de toute évidence ni exclus de toute évidence[18] ». Hart a défendu le point que dans ces situations, les juges doivent exercer une fonction créative ou législative. La vision de la règle de droit de Dicey est largement protégée de cet exercice de discrétion, mais du fait qu'il est très rare. Hart nous assure que « la vie du droit consiste, dans une très large mesure, à guider les autorités et les personnes privées à l'aide de règles déterminées qui... *n'exigent pas* de leur part un nouveau jugement d'un cas à l'autre[19] ».

Dworkin a répondu en alléguant que même quand « aucune règle établie ne permet de disposer d'un cas, une partie peut néanmoins avoir le droit de remporter la cause[20] ». Au delà du domaine des règles de droit, il existe des « normes générales[21] » qui font également partie du droit. Ces normes permettent aux juges de « découvrir quels sont les droits des parties, ne pas (contrairement à Hart) inventer de nouveaux droits après coup[22] ». Selon Dworkin, donc, la prise des décisions judiciaire dans les cas difficiles demeure dans le domaine du droit, parce que le droit comprend des principes qui sont le fondement des arguments juridiques et des décisions judiciaires au sujet des droits[23].

Dworkin traite du pouvoir discrétionnaire comme d'un concept relatif. Comme le trou dans un beigne, il « n'existe pas sauf en tant que secteur laissé ouvert au centre d'une ceinture de restrictions[24] » et sa signification exacte dépend de la nature de ces restrictions. Néanmoins, Dworkin cerne trois « distinctions brutes ». Un faible pouvoir discrétionnaire est en jeu pour les décideurs lorsqu'un jugement est nécessaire pour appliquer toute norme, comme c'est le cas pour toutes les règles. Une autre forme de discrétion faible indique qu'un responsable a un pouvoir final de prendre une décision sans possibilité de révision. Enfin, il existe un important pouvoir discrétionnaire, la bête noire du grand courant de la théorie juridique libérale : il entre en jeu dans la prise des décisions qui survient en l'absence de normes établies par un organisme en autorité[25]. Dworkin suggère qu'il est bien établi, en un sens, que l'application du droit par les juges comporte les deux versions faibles du pouvoir discrétionnaire. L'important pouvoir discrétionnaire, cependant, résulte en la création de la loi par les décideurs. La théorie de l'adjudication de Dworkin l'évite et le témoignage de Hart l'invoque rarement[26].

B. La place du pouvoir discrétionnaire dans ce contexte théorique

La contribution de Dworkin à notre compréhension de la nature du pouvoir discrétionnaire, telle qu'élaborée dans sa réponse au positivisme juridique de Hart, a été caractérisée comme un certain savoir préoccupé par la justice discrétionnaire. Ce savoir

offre en quelque sorte une base sur laquelle repose le courant de préoccupation au sujet du pouvoir que la discrétion accorde aux agents de la Couronne et de l'étendue de l'usage abusif qu'on en fait[27]. Le pouvoir discrétionnaire est un sujet de premier ordre qui exige qu'on s'en préoccupe de façon cruciale dans ce deuxième contexte. À cet égard, l'alarme a sonné assez fort, il y a trente ans, pour que le sujet continue de susciter l'attention aujourd'hui.

Dans *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Kenneth Culp Davis a écrit :

> La jurisprudence oublie plusieurs réalités au sujet de la justice parce qu'elle se préoccupe trop des juges et des législateurs et pas assez des administrateurs, des directeurs, de la police et des *procureurs*. Qui plus est, la jurisprudence reconnaît la dichotomie droit–pouvoir discrétionnaire pour ensuite se concentrer presque entièrement sur le seul droit[28].

Plus loin dans le même livre, Davis présente la discussion de cette question, qui est centrale à notre travail, en observant ce qui suit :

> Envisagé dans une perspective élargie, l'ordre judiciaire américain semble criblé de nombreux pouvoirs discrétionnaires excessifs et incontrôlés, mais celui qui surclasse tous les autres est celui qui permet de poursuivre ou de ne pas poursuivre. Le pouvoir affirmatif de poursuivre est énorme, mais le pouvoir négatif de suspendre une poursuite peut être encore plus grand, parce qu'il est entouré de moins de protections contre l'abus[29].

Hawkins remercie Davis d'avoir perturbé la « perception plutôt bienveillante » au sujet du pouvoir discrétionnaire qui prévalait à l'époque, et de l'avoir fait d'une manière assez puissante pour que son travail ait été un point de référence normalisé pour l'étude du pouvoir discrétionnaire au cours des trente dernières années[30]. Le point de vue bienveillant que Davis a contesté était appuyé par l'efficacité et la commodité évidentes qui résultent de la délégation de pouvoir et du pouvoir discrétionnaire accordés aux organismes administratifs; ce point de vue a été contesté par le confinement des théories juridiques acceptées (Hart) ou le rejet (Dworkin) de la menace que le pouvoir discrétionnaire judiciaire pose à la règle de droit. En ce qui concerne ce dernier point, Davis a défendu le point que la préoccupation des chercheurs en jurisprudence au sujet du droit législatif et du droit jurisprudentiel limitait leur efficacité au « raffinement de ce qui est déjà dans la limite du tolérable ». Il a suggéré que l'énergie des chercheurs serait utilisée de manière plus productive si ceux-ci tentaient de « comprendre les secteurs désagréables des décisions discrétionnaires prises par la police, les procureurs et d'autres administrateurs, dans lesquelles d'énormes concentrations d'injustice invitent à des réformes radicales[31] ».

Hawkins émet l'idée que les grandes préoccupations de Davis au sujet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les auxiliaires de la justice autres que les juges sont l'expression du mouvement en faveur des droits civils et des droits découlant de la loi aux États-Unis. Le pouvoir discrétionnaire au palier bureaucratique a été un sérieux obstacle à la campagne visant à clarifier et à assurer les droits des citoyens en rapport avec le gouvernement[32]. En conséquence, jusqu'à un certain point, les préoccupations

de Davis peuvent être un reflet de l'époque. De plus, la façon employée par Davis pour formuler le problème du pouvoir discrétionnaire a subi la critique à l'effet qu'elle portait le trait caractéristique et, peut-être, naïf, du légalisme. Dans la mesure ou la perspective légaliste continue de prévaloir, il est important de tenir compte de ces courants critiques.

Par exemple, l'on a suggéré que le style d'analyse de Davis est indicatif de la tendance des avocats et des législateurs à percevoir la distinction classique entre les règles et le pouvoir discrétionnaire comme étant essentiellement non problématique[33]. Bien que la distinction soit utile pour atteindre certaines fins de description générale, on lui attribue de moins en moins de substance. Il s'agit là d'un thème de la pensée juridique critique[34] qui a cours depuis longtemps. Même le grand courant de la jurisprudence se distance des catégorisations fermes entre la règle de droit et l'activité discrétionnaire[35]. Qui plus est, la recherche sociologique a servi à miner le fondement empirique de la distinction[36].

Relativement à l'héritage que le travail de Davis a laissé, Hawkins souligne le nouveau vocabulaire de la réforme qu'il a établi. Les concepts de « confinement », « structuration » et « vérification » du pouvoir discrétionnaire sont désormais bien établis dans les droits administratif et autres. Hawkins suggère également, cependant, que Davis a offert « une démarche limitée, bien que convaincante, et cela a pu susciter une impression trop péjorative du pouvoir discrétionnaire[37] ».

La partie suivante de la discussion confirme le point soulevé par Hawkins voulant que la perspective de la prise des décisions discrétionnaire n'est plus accueillie avec le genre d'appréhension qui caractérise le travail de Davis ou des nouveaux Dicey (s'il en est)[38]. Malgré les thèmes de la critique relative à la cohérence du concept de discrétion et les tentatives de la contrôler, de la structurer et de la diriger, plusieurs mouvements progressistes de réforme du droit luttent en faveur d'une certaine forme de prise des décisions élargie dans le contexte d'institutions judiciaires existantes ou nouvelles. Par surcroît, les témoignages laissent à penser que les décideurs au sein du système actuel sont intéressés à maximiser le potentiel d'écoute des faits que recèlent leurs compétences statutaires ou en common law.

C. Intérêt récent à l'égard de la prise de décision discrétionnaire : mise en contexte

En grande partie, notre concept de droit découle du postulat que le monde social peut être compris comme un ensemble de faits distincts au sujet des gens et de ce qu'ils font. En cherchant à résoudre des différends et à régler des questions de droit, l'analyse juridique consiste en grande partie à trier ces faits, à définir ceux qui sont pertinents pour les fins de certaines catégories juridiques et à mettre les autres de côté. En conséquence, le fait de s'en tenir de façon restrictive aux faits peut être une condition nécessaire de notre système de droit et de notre système judiciaire[39]. En même temps, les systèmes de droit et judiciaire peuvent ne pas fournir les éléments nécessaires pour

traiter de chaque aspect du monde social à l'égard duquel nous pouvons penser qu'il mérite une attention et un intérêt sérieux. C'est particulièrement le cas lorsque ces questions d'intérêt ne se prêtent pas à l'atomisation factuelle brute.

Plutôt que de rejeter le droit en tant que véhicule de changement social en raison de sa pauvreté factuelle endémique et du caractère artificiel qu'il y a à découper l'expérience humaine en plusieurs faits, certains courants d'opinion progressistes cherchent à tirer le meilleur parti de ce qui peut être une mauvaise situation. Si l'analyse juridique et la prise des décisions judiciaire comportent nécessairement l'examen de certains faits, elles peuvent néanmoins être *plus* sensibles aux faits que ce fut le cas historiquement ou que c'est le cas actuellement. Un engagement à l'égard d'une prise des décisions plus « contextuelle » peut aller en partie dans la direction nécessaire pour rencontrer des concepts nouveaux et importants de justice et des normes d'égalité qui sont compromis par l'engagement à l'égard d'une justice formelle ou axée sur le processus, qui est plus caractéristique de notre ordre judiciaire[40]. À cet égard, Martha Minow et Elizabeth Spelman émettent l'hypothèse qui suit :

> ... l'appel au contexte, à la fin du vingtième siècle, traduit un argument crucial selon lequel les normes juridiques et politiques qui prévalent ont été employées sous forme de prescriptions abstraites, générales et universelles et ont négligé les expériences et les besoins des femmes de toutes les races et de toutes les classes, les gens de couleur et les gens sans biens[41].

Il y a un important, sinon plutôt évident, rôle de pouvoir discrétionnaire dans cette tentative de rendre le processus judiciaire plus à l'écoute des faits. En matière jurisprudentielle, le pouvoir discrétionnaire se définit essentiellement comme la prise des décisions en l'absence de règles qui prétendent dicter ces décisions[42]. Du point de vue de la jurisprudence, le principal moyen de comprendre les règles comme dictant les décisions est d'établir les faits spécifiques — ou ce à quoi Ronald Dworkin réfère comme étant les « conditions de pratique » — qui rendent les règles applicables et qui, en raison de leur présence, fournissent une réponse[43]. Les autres faits sont par conséquent non pertinents du point de vue des décideurs qui se fondent sur les règles. Autrement dit, la capacité des décideurs ayant un pouvoir discrétionnaire de « choisir entre de larges lignes de conduite optionnelles dans l'exercice de l'autorité du [pouvoir de l'État][44] » se justifie selon la possibilité que ces décideurs ont la charge de permettre qu'un large éventail de faits puisse être pertinent à leurs examens. Plus large est l'éventail des faits, plus les situations doivent être différentes et, par conséquent, exiger des réponses différentes.

La souplesse qu'il semble y avoir dans la prise des décisions discrétionnaire est fonction de l'étendue de son fondement factuel. Cette souplesse a été essentielle au pouvoir d'attraction de la discrétion sur les organismes de réforme du droit. Par exemple, Joel Handler observe, dans les études juridiques critiques et chez les chercheurs féministes, qu'il y a la même idée : « ... il faut instaurer un espace au sein des cadres structurels pour permettre une résolution des conflits souple et créatrice. Les philosophes modernes et postmodernes optent pour la conversation, le dialogue et la collectivité plutôt que sur le fait de régir les rapports au moyen des règles[45] ». Les

nouvelles stratégies de résolution des différends et de « justice populaire » se fondent sur le potentiel de prise des décisions souple et très à l'écoute des faits[46].

D. Prise de décisions discrétionnaire, contextuelle, dans l'administration du droit pénal

En dehors de la campagne visant à apporter une plus grande écoute des faits et une plus grande souplesse dans l'ordre juridique en offrant des options au processus existant, il est clair que les juges sont prêts à explorer et à optimiser le potentiel de leur compétence actuelle à cet égard. Ainsi, la collaboration des juges d'instance, dans le cadre du pouvoir discrétionnaire de la common law, a été essentielle pour la mise sur pied d'initiatives de cercles de détermination de la peine pour les Autochtones, cercles désormais bien établis dans nombre de ressorts[47]. L'esprit de la mise en contexte est également évident dans les plus hautes sphères des cours d'appel. Dans les raisons qu'elles donnaient pour appuyer leur décision dans la cause R. c. S (R.D.), les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont mentionné ce qui suit :

> [traduction libre] L'enquête judiciaire relative au contexte factuel, social et psychologique dans le cadre duquel survient le litige n'est pas inhabituel. Au contraire, l'enquête contextuelle consciente est devenue une étape acceptée dans la recherche de l'impartialité... L'enquête judiciaire portant sur le contexte permet d'obtenir les renseignements nécessaires pour interpréter et appliquer la loi... Ce processus d'expansion n'est pas seulement cohérent avec la notion d'impartialité, mais il peut aussi être considéré comme une condition préalable essentielle[48].

Concernant le pouvoir discrétionnaire de poursuivre, le Parlement en a récemment fait une partie de sa tentative de transformer le système de justice pénale pour qu'il soit moins punitif, et ce, afin de solutionner le problème de surutilisation générale de l'incarcération au Canada et d'incarcération non proportionnelle de certains groupes, dont le moindre n'est pas celui des Autochtones[49]. Plusieurs des modifications apportées en 1996 par le Parlement aux dispositions du *Code criminel* sur la détermination de la peine constituent des réponses spécifiques à ces objectifs de désinstitutionnalisation[50]. Au demeurant, les *Objectifs et principes* de la détermination de la peine inscrits à l'article 718 et au paragraphe 718.2, tout en reflétant les justes châtiments classiques et la philosophie utilitaire de la détermination de la peine, sont également remarquables pour les thèmes de la justice réparatrice qu'ils énoncent[51].

La collaboration de la poursuite dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire sera certainement nécessaire pour optimiser le potentiel de réforme d'une disposition telle que l'alinéa 718(2)e). Ce passage exige des tribunaux qui prononcent des sentences qu'ils procèdent à « l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones ». Plus directement, les nouvelles dispositions sur la détermination de la peine comprennent notamment le recours à des programmes de

mesures de remplacement pour détourner les personnes accusées d'infractions du processus ordinaire des procès[52]. Comme cela a été le cas pour une disposition semblable de la *Loi sur les jeunes contrevenants*[53], l'on peut s'attendre à ce que les procureurs agissent comme les gardiens véritables des programmes de déjudiciarisation en exerçant leur pouvoir de discrétion.

E. Résumé

Si l'on revient sur ce qui a été mentionné jusqu'à maintenant dans cette discussion, il a été allégué qu'une activité jurisprudentielle et législative récente reflète un postulat que partagent certains courants contemporains de la pensée juridique progressiste. Ce postulat veut que les auxiliaires de la justice soient au service de nouveaux concepts de justice importants en s'engageant sur la voie d'une prise des décisions plus à l'écoute des faits ou plus contextuelle plutôt que sur celle qui caractérise une stricte observation d'une justice formelle axée sur le processus. Nous avons établi le lien entre l'esprit de la mise en contexte et le concept du pouvoir discrétionnaire. Nous avons souligné, toutefois, que cet intérêt pour le pouvoir discrétionnaire ne s'exerce pas sans tension avec le soupçon chronique qu'entretient la pensée juridique libérale à l'égard de ce concept.

III. La défense fondée sur la force pour corriger

A. Article 43 du *Code criminel*

L'article 43 du *Code criminel* se lit comme suit :

> Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

Notre société peut être habituée à voir des parents et des instituteurs protégés contre des accusations de voies de fait simples en vertu de l'article 43[54]. L'article doit son existence jusqu'à ce jour à des arguments pratiques, sociaux et politiques bien connus qui veulent que la vulnérabilité physique unique des enfants et des élèves semble naturelle et inévitable[55]. Il se peut aussi qu'il y ait des éléments religieux sous-jacents au soutien que la défense fondée sur la force pour corriger a traditionnellement reçu. Il est bien établi que cette défense s'appuie sur l'avertissement biblique voulant que qui aime bien châtie bien[56]. Nonobstant cela, certains juges continuent d'avoir l'impression qu'il vaut la peine d'établir le lien[57]. Ce qui est moins bien établi et qui

constitue un prologue plus pertinent à une révision de l'article 43, c'est l'évaluation faite par Northrop Frye à l'effet que l'encouragement au châtiment corporel que contient le *Livre des proverbes* « a probablement été responsable de plus de douleur physique que toute autre peine jamais prononcée[58] ».

Dans son commentaire sur la cause R. c. K. (M.)[59], Anne McGillivray[60] relie « l'histoire ancienne et en dents de scie » de l'article 43 à un mélange de sources anglo-saxonnes et romaines. Dans le premier cas, on accordait aux pères des droits de possession sur les enfants, ce qui leur permettait de vendre leurs fils et leurs filles qui n'avaient pas atteint l'âge de sept ans. D'un autre côté, l'influence légale romaine se caractérisait par des restrictions élaborées à partir du droit reconnu aux pères par la loi de tuer ou de punir leurs enfants de manière déraisonnable[61].

L'ouvrage de William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, a dominé la formation juridique anglo-canadienne durant le siècle qui a précédé l'entrée en vigueur du *Code criminel* du Canada en 1893[62]. En passant en revue les « droits de la personne » dans ses commentaires, Blackstone a signalé le pouvoir modéré (comparativement au droit romain) que le droit anglais accorde à un parent : « ... garder l'enfant à l'ordre et dans l'obéissance. Il peut légalement corriger son enfant, qui est mineur, de manière raisonnable; parce que c'est pour son éducation[63] ».

Le cœur de la défense actuelle fondée sur la force pour corriger se trouve dans le *Code criminel* depuis sa première rédaction[64]. La relation du maître et de l'apprenti en a été exclue en 1955. Eric Colvin insiste sur le contraste entre la « dure simplicité » de l'article 43 et les dispositions voisines du *Code criminel* relatives à la défense, de construction baroque, de la personne et de la propriété[65]. Il est également possible de suggérer que la simplicité de l'article 43 dément la complexité de ses conséquences sociales. Comme le laisse à penser Anne McGillivray, cet article représente « un paratonnerre pour les valeurs associées à la religion et à l'autorité, valeurs qui, dans une société pluraliste, sont beaucoup trop diversifiées, vagues et singulières pour contrôler l'application du droit pénal[66] ». Sheila Noonan ajoute une note semblable lorsqu'elle caractérise l'article 43 ainsi : « ... une permission obsédante d'agir, à une extrémité du spectre, dans un cadre d'autoritarisme et, à l'autre extrémité, dans les eaux troubles de la violence[67] ».

B. Le contexte de la réforme

En plus du rôle malheureux qu'il joue lorsqu'il sanctionne des formes de violence physique qui sont autrement des actes criminels coupables, l'article 43 du *Code criminel* occupe une place très délicate dans le système judiciaire du Canada reconnu pour respecter les droits individuels. Le mouvement en faveur de l'abrogation de cet article ou en faveur de le voir déclaré sans force exécutoire par les tribunaux est actuellement contesté en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*[68]. Entre autres choses, il existe une nette tension ente l'article 43 et la garantie de protection de la sécurité de

toute personne contenue dans l'article 7 de la Charte[69]. L'article 43 représente également une discrimination fondée sur l'âge qui va à l'encontre de l'article 15[70] de la Charte. Par ailleurs, la défense fondée sur la force pour corriger peut également aller à l'encontre de la garantie du droit de ne pas être l'objet de toute punition cruelle ou inhabituelle contenue dans l'article 12 de la Charte[71].

Le sanctuaire dans lequel le droit pénal place la force pour corriger est également source d'embarras pour le Canada sur la scène internationale. Il a été établi que l'article 43 contrevient aux obligations du Canada en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies*[72]. À la suite d'une décision récente de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle la défense fondée sur la force pour corriger, en Grande-Bretagne, va à l'encontre de la *Convention européenne des droits de l'homme*, le gouvernement de ce pays s'est engagé à procéder à un examen critique de son droit sur ce point[73]. Par conséquent, dans le contexte de l'opinion internationale qui est critique de la défense fondée sur la force pour corriger, le Canada est de plus en plus isolé.

Même à l'extérieur du contexte de la Charte, la façon dont l'article compromet les intérêts des enfants et des élèves a rendu les juges mal à l'aise. Cela est évident dans la décision du juge en chef Dickson dans la cause Ogg-Moss c. R.[74] qui fait autorité sur la nature et la portée de la défense. Le juge en chef a statué : [traduction libre] « L'un des droits principaux dans notre société est le droit individuel d'être libre des intrusions non consenties dans sa sécurité et sa dignité physiques et c'est un objectif central du droit pénal de protéger les membres de la société de telles intrusions... [par conséquent] toute dérogation à ce droit et à cette protection doit être interprétée strictement[75]. »

Le type de droits dont se préoccupe le juge en chef entre sans difficulté dans la compréhension contemporaine des droits de la personne. En fait, la situation des enfants, en tant qu'être humains à part entière et porteurs de droits au sein de notre société, et, donc, en tant qu'être humains à part entière dans un sens légal, au moins, continue d'être une question controversée[76]. Nous n'élaborerons pas sur cet argument ici parce que nous soumettons qu'il n'y a pas de controverse en ce qui concerne la capacité des enfants de réclamer les droits à la sécurité personnelle que compromet la défense fondée sur la force pour corriger. De plus, jusqu'à un certain point, la Charte a mis fin à ce débat en reconnaissant l'âge comme un fondement de discrimination qui enfreint la Constitution.

Ces droits humains non controversés tirent une grande part de leur autorité de la philosophie sociale et politique individualiste libérale. De manière conventionnelle, l'on comprendce corpus de pensée, avec ses thèmes de l'égalité formelle radicale des personnes, comme ayant surgi pour expliquer et justifier les réactions révolutionnaires aux exigences des monarques qui dirigeaient des régimes archaïques. Ces régimes ont institutionnalisé des relations sociales fondées sur le statut d'une inégalité radicale. L'article 43 du *Code criminel* nous ramène à cette époque pré-libérale.

Rhoda Howard souligne que les droits de la personne[77], comme le droit à la sécurité de la personne, auquel le juge en chef Dickson fait allusion dans la cause Ogg-Moss et qui est enchâssé dans l'article 7 de la Charte, représentent une « rupture radicale par rapport aux nombreuses sociétés fondées sur le statut, non égalitaires et hiérarchiques du passé et du présent[78] ». Parmi les incidences de la théorie des droits de la personne, le principe selon lequel l'humanité, et, donc, la capacité d'être porteur de droits, est un fait biologique plutôt que social, est des plus radicaux. Howard écrit : « Dans le vocabulaire des droits de la personne, l'humanité est un simple attribut physique; une personne est ou n'est pas un être humain vivant. Dans la plupart des lexiques des sociétés au sujet de la dignité et de la justice, cependant, être un humain est un attribut social[79]. » Qui plus est, Howard allègue que les droits de la personne sont particulièrement caractéristiques des sociétés démocratiques libérales ou sociales, ou les deux. Or, dans de telles sociétés, voici ce que l'on trouve : « ... l'idée d'avoir des lois différentes pour différentes catégories de personnes est anathème. Tous sont assujettis aux mêmes règles. Pourtant, dans plusieurs sociétés anciennes, les lois variaient selon la catégorie sociale. Et ces différences étaient considérées comme « justes » par la majorité des citoyens socialisés au sein de ces sociétés[80] ».

En fait, Howard exagère sa position à cet égard. Les lois fondées sur le statut ne sont pas nécessairement contraires au but qui consiste à assurer la dignité égale de chaque personne et, en conséquence, ne sont pas anathèmes simplement parce qu'elles accordent une signification légale à certains rapports fondés sur le statut. Notre droit est rempli de règles tout à fait légitimes qui imposent des obligations automatiques ou éventuelles aux parties les plus avantagées dans leurs rapports fondés sur le statut, et ce, à l'avantage ou pour la sécurité des parties moins nanties. Dans le domaine du droit familial, par exemple, les tribunaux doivent souvent faire exécuter les droits et les obligations en matière de garde et de soutien sur la base de la situation familiale.

En particulier dans le domaine du droit pénal, la jouissance d'un statut supérieur dans un rapport avec une autre personne doit souvent s'exercer de manière à engendrer ou à aggraver la culpabilité relativement à la conduite à l'égard des personnes qui occupent les postes conférant le moins de pouvoirs. C'est à cet égard que l'article 43 est le plus remarquable. Il s'applique exactement de la manière opposée. Par conséquent, comme l'exemple de Howard sur les pires sortes d'infractions historiques fondées sur le statut, dont le droit de seigneur des Lords européens[81], la défense fondée sur la force pour corriger maintient le lien de notre droit avec un passé de privilège patriarcal archétypal et de déshumanisation institutionnalisée.

De la même façon, l'article 43 est une disposition du *Code criminel* qui *justifie* et, donc, encourage essentiellement le châtiment corporel[82], ce en quoi il est inadmissible symboliquement et en pratique[83]. Cette discussion admettra toutefois l'argument que nous pouvons occasionnellement vouloir que notre droit distingue entre conduite énergique de la part des parents et conduite violente de la part d'autres personnes. Nous suggérons néanmoins que cette distinction devrait avoir moins affaire avec le statut de parent en soi qu'avec la situation sociale unique dans laquelle se trouvent les parents par rapport à leurs enfants.

Il en découle que, quelque inadmissible que soit la conduite énergique des parents envers leurs enfants, cette discussion admettra qu'il n'est pas clair que cette conduite doive être entièrement assujettie au droit pénal. Nous ne tenterons aucunement ici de présenter une liste de ce que ces situations pourraient être. Pour les fins du présent document, il suffira de dire que le droit pénal n'est pas notre seul véhicule de contrôle social et de condamnation. Par ailleurs, les criminologues ne cessent de nous rappeler que ce n'est pas la meilleure ligne de conduite dans nombre de situations. Cela laisse à entendre qu'il faudrait définir une solution mitoyenne, entre une situation où il y a une défense formelle et une situation où la force parentale ne peut jamais se distinguer d'autres recours à la force aux fins du droit pénal. La prochaine partie de cette discussion examinera le potentiel que recèle le pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour constituer cette solution mitoyenne.

IV. Pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans le contexte post-article 43 du *Code criminel*

A. Le cadre général du pouvoir discrétionnaire de poursuivre

Cette discussion porte sur une petite partie du vaste sujet que sont l'étendue des responsabilités en matière de poursuite et l'entendue du pouvoir discrétionnaire en rapport avec les enquêtes criminelles, le dépôt d'accusations et, bien sûr, l'engagement de poursuites. Ce vaste sujet comprend les distinctions et les rapports importants qui existent entre les rôles des procureurs généraux fédéral et provinciaux et, dans un ressort, le directeur des poursuites publiques[84].

La *Loi constitutionnelle de 1867* accorde au gouvernement du Canada la compétence en matière de droit pénal au pays[85]. Toutefois, la Loi accorde aux gouvernements provinciaux la compétence en matière d'administration de la justice dans leurs provinces respectives, y compris la constitution, le maintien et l'organisation des cours provinciales de compétence criminelle[86]. Un résultat particulier de cet arrangement constitutionnel est que les procureurs généraux des provinces ont le pouvoir de poursuivre en vertu du *Code criminel*, une législation fédérale.

Alors que certaines incidences exceptionnelles du pouvoir de poursuivre peuvent nécessiter l'action personnelle du procureur général pertinent, ce sont les procureurs de la Couronne qui exercent une grande part de ce pouvoir. La Cour suprême du Canada a confirmé la légitimité générale pour les procureurs généraux de déléguer leurs obligations d'origine législative en vertu du *Code criminel* aux fonctionnaires de leurs ministères respectifs[87]. De plus, les tribunaux ont reconnu qu'il n'y a généralement pas d'exigence relativement à la participation personnelle des procureurs généraux dans l'exercice de ce pouvoir[88].

Michael Code définit des raisons pratiques et de principe pour cette état de choses. Sur le plan pratique, le juge Dickson, dans la cause R. c. Harrison, a statué ce qui suit : [traduction libre] « Les tâches d'un ministre de la Couronne en cette ère moderne sont si nombreuses et variées qu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce qu'il les accomplisse personnellement. [89] » Les considérations politiques ont trait au fait que les procureurs généraux, qui sont également les ministres de la Justice des provinces, sont des responsables élus et des membres d'un conseil des ministres. Par conséquent, le principe important de l'indépendance en matière de poursuite, y compris la liberté d'éviter la perception de l'influence politique, est servi par le fait que les procureurs généraux se tiennent à distance de l'exercice du pouvoir qui est officiellement le leur[90].

Au Canada, le pouvoir discrétionnaire de poursuivre se concentre à l'étape du processus criminel qui suit le dépôt d'une accusation, une toute petite partie s'exerçant d'abord dans le processus d'enquête ou relativement à la décision de porter ou non une accusation. Contrairement aux États-Unis, où les procureurs des districts participent activement au processus d'enquête et de dépôt des accusations, au Canada, la démarche traditionnelle consiste à reconnaître le dépôt d'accusations comme étant la frontière entre les secteurs de responsabilités respectifs de la police et des procureurs[91]. À l'exception de rares exemples où l'approbation de la Couronne est requise pour une partie de l'enquête[92], le rôle des avocats de la Couronne au Canada, au cours de la période qui s'échelonne du moment qui précède le dépôt d'accusations et à celui du dépôt des accusations, en est un de conseiller indépendant de la police.

Citant les lignes directrices de la politique du ministère de la Justice sur les avocats de la Couronne, Code signale que les procureurs peuvent offrir des consultations juridiques à la police lorsque celle-ci le demande. Telles consultations peuvent comprendre des discussions au sujet de la solidité d'un dossier ainsi que de la forme et du contenu des accusations, mais doivent s'arrêter net avant de donner tout avis qui consiste à « diriger » une enquête policière[93]. La position indépendante des avocats de la Couronne, qui est différente de celle d'un avocat avec ses clients, est essentielle pour maintenir l'intégrité de leur statut quasi judiciaire à titre d'auxiliaires de la justice et d'agents des procureurs généraux[94].

Nonobstant ces principes généraux, le Québec, le Nouveau-Brunswick et la Colombie-Britannique exigent que la police obtienne l'approbation de l'avocat de la Couronne avant de déposer des accusations. Le professeur Archibald caractérise cet état de choses comme étant « controversé sur le plan du pouvoir légal, de la politique relative au droit pénal et du principe constitutionnel[95] ». Michael Code commente : « Qu'il suffise de dire que ce n'est ni la loi ni la pratique en Ontario et dans la majorité des provinces canadiennes. Qui plus est, à mon avis, les pratiques d'approbation du dépôt des accusations de ces provinces ne signifient pas que les avocats de la Couronne dirigent l'enquête policière. Cela signifie simplement que l'avocat de la Couronne doit approuver toute poursuite *à la fin de l'enquête*.[96] »

En conséquence, cela établit une partie du rôle que les procureurs peuvent jouer pour offrir effectivement une solution mitoyenne entre la défense formelle fondée sur la

force pour corriger et une situation où la force parentale ne se distingue jamais des autres sortes de force aux fins de la loi en matière de voies de fait. Les procureurs sont dans une situation qui leur permet d'exercer la compétence statutaire et de la common law des procureurs généraux. Cette compétence ne devrait toutefois pas être comprise comme devant s'étendre à la période de l'enquête antérieure au dépôt des accusations. De plus, dans la plupart des provinces, les procureurs ont un rôle bien mineur en rapport avec les décisions des policiers au sujet de savoir s'il faut ou non déposer des accusations de voies de fait dans des situations mettant en cause la force parentale. En général, tout effet que les procureurs peuvent avoir sur les décisions des policiers à l'étape du dépôt des accusations devrait être un résultat indirect de la consultation juridique que la police a demandée.

B. Pouvoir discrétionnaire de mettre fin aux procédures ou de les suspendre

Sauf pour ce qui est des pratiques au Québec, au Nouveau-Brunswick et en Colombie-Britannique, le pouvoir discrétionnaire au Canada se fonde essentiellement sur la prémisse que c'est la police qui a porté des accusations. La contribution au processus avant cette étape devrait se limiter à donner des consultations juridiques. En conséquence, toute capacité du système judiciaire de réagir aux cas d'emploi de la force parentale de manière à éviter de porter des accusations de voies de fait n'engagerait pas la participation des procureurs.

À l'intérieur de l'éventail des pouvoirs de prise des décisions offerts aux procureurs de la Couronne qui agissent à titre d'agents des procureurs généraux, le pouvoir inscrit dans la common law de retirer des accusations et la capacité définie par la loi de suspendre les procédures au criminel une fois celles-ci entreprises[97] sembleraient s'appliquer particulièrement à la présente discussion[98]. Au demeurant, ces exemples du pouvoir de la Couronne sont pertinents au centre d'intérêt de ce document, c'est-à-dire, le recours au pouvoir discrétionnaire de poursuivre en tant que complément aux stratégies de réforme du droit. Archibald signale que le pouvoir discrétionnaire de suspendre ou de mettre fin aux procédures en retirant ou en suspendant les accusations « est crucial en ce qui concerne le choix entre les paradigmes punitif ou réparateur de la justice pénale...[99] »

Le pouvoir de suspendre les procédures criminelles ou d'y mettre fin découle des pouvoirs prévus dans la common law qui permettent au procureur général d'Angleterre d'inscrire dans le dossier un motif de refus de poursuivre (« Je refuse de poursuivre. »)[100]. Pour la majeure partie, une discussion de ces deux types de pouvoirs peut s'effectuer simultanément du fait que les principes pertinents à leur usage sont semblables. Cependant, symboliquement, leurs différences peuvent être différentes. Comme l'expression le suggère, l'exercice du pouvoir de retirer des accusations avant une interpellation et un plaidoyer entraîne la fin des procédures. D'un autre côté, la Couronne peut reprendre les procédures en suspens à l'intérieur d'un an sans déposer

de nouveaux renseignements[101]. Il peut aussi y avoir une signification pratique dans la distinction entre les retraits et les suspensions. Il existe une certaine confusion relativement à ces pouvoirs quant au fait qu'il faille ou non une permission de la cour pour que la Couronne puisse retirer des accusations[102]. Le libellé de l'article 579 est clair à l'effet qu'une permission de la cour n'est pas nécessaire pour que la Couronne suspende les procédures.

L'examen de fond que fait le professeur Archibald des lignes directrices fédérales et provinciales relatives aux avocats de la Couronne en rapport avec le pouvoir discrétionnaire de mettre fin aux procédures au Canada, révèle la reconnaissance générale de deux principes : la preuve suffisante et l'intérêt public[103]. Jusqu'ici, le premier principe a été particulièrement important en ce qui concerne la force parentale. Le principe de la preuve offre un critère préliminaire par lequel le procureur de la Couronne doit être satisfait qu'il y a une chance raisonnable d'obtenir une condamnation. Dans ce cas, l'évaluation comprend l'examen de la preuve pour savoir si elle est suffisante pour chaque élément de l'infraction et à l'égard de toute *défense* que l'accusé peut présenter.

Il en découle, dans le contexte du principe de la preuve suffisante, que la défense fondée sur la force pour corriger peut invoquer le recours au pouvoir discrétionnaire de façon à prévenir qu'une accusation reliée à la force parentale se rende jusqu'au tribunal. Lorsque l'article 43 n'est pas en jeu ou qu'il ne peut être remplacé par la jurisprudence, toute distinction entre la force parentale et les autres sortes de force doit être faite dans le contexte de l'application par l'avocat de la Couronne du principe de l'intérêt public. L'existence du principe de l'intérêt public reflète la position de la common law selon laquelle la preuve suffisante, à elle seule, n'oblige pas à engager une poursuite[104]. Archibald souligne à quel point ce principe se reflète aux paliers fédéral et provincial. Les lignes directrices pertinentes pour les procureurs de la Nouvelle-Écosse indiquent que, en plus de la preuve suffisante, « le principe du pouvoir discrétionnaire de poursuivre exige aussi qu'une poursuite ne soit engagée que lorsque c'est le meilleur moyen de servir l'intérêt public[105] ».

Au sujet du contenu spécifique du concept de l'intérêt public, Archibald note une tendance dans les ressorts canadiens à énumérer des listes non exclusives de facteurs dont les procureurs doivent tenir compte. En émettant l'hypothèse que l'exemple de la Nouvelle-Écosse présenté par le professeur Archibald est indicatif de ces facteurs, il est significatif que nombre d'entre eux pourraient répondre aux préoccupations de ceux qui sont anxieux de voir le droit demeurer capable de réagir avec sensibilité à l'exercice de la force parentale dans certaines circonstances. Bien sûr, dans la mesure où l'article 43 ne justifie que l'usage de la force pour corriger, les autres utilisations de la force parentale n'auraient pu entrer dans la partie des « moyens de défense » que les procureurs doivent considérer en rapport avec la preuve suffisante pour poursuivre. En conséquence, les facteurs qui informent la partie du processus relative à l'intérêt public auraient déjà été appliqués à ces utilisations de la force parentale pour des raisons autres que pour corriger.

Par exemple, les directives indiquent que les procureurs qui évaluent le volet intérêt public d'une poursuite peuvent tenir compte de la nature « technique » d'une infraction. Ce facteur peut répondre aux préoccupations au sujet de la grande portée de la conduite qui correspond à des voies de fait et qui, au degré le moins élevé, comporte des gestes. Si la conduite parentale doit parfois être considérée avec plus de sensibilité que la conduite semblable d'autres personnes dans des situations différentes, la référence à une infraction « technique » le permettrait. Voici des exemples d'autres facteurs qui sont éventuellement applicables à la situation de force parentale : l'inefficacité possible d'une poursuite; la sévérité ou l'oppression exagérées d'une condamnation en fonction des circonstances; l'opinion de la victime.

C. Le recours en révision relativement au pouvoir discrétionnaire de mettre fin ou de suspendre les procédures

L'institution par les responsables du recours en révision relativement à la prise des décisions discrétionnaire visait à répondre aux préoccupations au sujet de l'équité et de la légitimité juridique de cette activité. Dans la foulée du concept de justice axée sur le processus qui caractérise, par convention, notre système judiciaire, le recours en révision « ne concerne que la légitimité du *processus* par lequel l'on prend les décisions discrétionnaires et non pas le bien-fondé de ces décisions[106] ». Le pouvoir discrétionnaire du procureur général de suspendre des accusations en vertu de l'article 579 tombe toutefois dans une catégorie de prise des décisions discrétionnaire qui est au moins assujettie au recours en révision. Dans Campbell c. Ontario (A.G.)[107], la Cour d'appel de l'Ontario a statué, outre les situations impliquant une irrégularité flagrante de la part de l'avocat de la Couronne, que l'exercice du pouvoir discrétionnaire en vertu de cet article n'est pas assujetti au recours en révision. Il est possible que la Charte ait élargi la compétence des tribunaux en cette matière. Ainsi, dans Chartrand c. Québec (ministre de la Justice), la Cour d'appel du Québec a statué que, sans égard au pouvoir discrétionnaire absolu que le procureur général ait pu avoir dans le passé, l'exercice de ce pouvoir en vertu de l'article 579 peut être révisé en rapport avec sa cohérence avec la charte des droits[108].

D. Résumé

Cette partie du document a défini les pouvoirs de retirer et de suspendre des accusations comme des lieux d'activité discrétionnaire qui pourraient permettre à la loi en matière de voies de fait de s'appliquer d'une manière qui distingue occasionnellement l'usage de la force parentale d'autres exemples d'usages de la force. Il a été suggéré que ce potentiel a trait plus spécifiquement à l'aspect de l'intérêt public relié au processus de prise des décisions que les procureurs doivent suivre dans l'exercice de la discrétion. S'il y a une certaine possibilité de recours en révision

relativement à ce lieu de la prise des décisions discrétionnaire, le fondement d'une telle révision est relativement limité.

V. Analyse critique

La partie finale de cette discussion traite de préoccupations et de questions reliées à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le contexte particulier des décisions de retirer ou de suspendre les accusations de voies de fait qui mettent en cause la force parentale. Cette partie de la discussion commencera par un examen du débat théorique sur la nature et la substance de la prise des décisions discrétionnaire comparativement à la prise des décisions fondée sur les règles par les acteurs du système judiciaire. Un important courant de ce débat suggère que le postulat voulant qu'il existe une distinction de fond entre ces formes de prise des décisions reflète une attitude légaliste naïve.

La discussion portera ensuite sur les questions qui sont, franchement, les plus pertinentes à ce contexte légaliste. Les questions qui reposent sur ces postulats sont des préoccupations au sujet de la façon dont les droits des victimes et ceux des personnes qui sont accusées d'infractions peuvent être compromis par l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La question finale qui fera l'objet de la discussion est la façon dont les réformes du *Code criminel* devraient toucher le pouvoir discrétionnaire de poursuivre et l'étendue que l'on devrait reconnaître franchement à cette discrétion comme complément à de telles réformes.

A. Aspects problématiques du concept du pouvoir discrétionnaire

Les enjeux qui sont d'un intérêt crucial à ce moment-ci de la discussion ont trait à cette question : l'*optimisme* courant en rapport avec le pouvoir discrétionnaire peut-il souffrir de sa dépendance à l'égard des postulats légalistes. Dans l'exemple, l'on met l'accent sur la capacité du pouvoir discrétionnaire de poursuivre de permettre à la loi relative aux voies de fait de s'appliquer d'une manière qui distingue parfois la forme parentale des autres formes de force. Nous devons toutefois examiner les incidences de la perspective des sciences sociales qui suggère que le concept de discrétion peut être désuet. Il est possible que l'exercice du pouvoir discrétionnaire soit aussi prévisible et, donc, rigide que la prise des décisions fondée sur les règles que l'on évoque en guise de remplacement. Qui plus est, il peut s'appliquer dans le contexte de la poursuite d'une manière qui est particulièrement pertinente à cette discussion.

Dans son article intitulé « The Myth of Discretion », M.P. Baumgartner discute des facteurs que la recherche empirique a identifiés comme influant de manière prévisible sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire[109]. Baumgartner indique que l'un des

plus importants de ces facteurs est la « distance relationnelle » entre les parties à un différend juridique. La conclusion générale est que plus grande est « l'intimité antérieure, plus indifférents et indulgents seront les auxiliaires de la justice... les procureurs [par exemple] vont probablement moins engager des poursuites[110] ». Baumgartner mentionne également le « statut social » comme étant un facteur qui conduit à des décisions qui sont, de manière prévisible, respectueuses des intérêts d'une partie au différend dont le statut est supérieur. Manifestement, le pouvoir discrétionnaire de poursuivre des procureurs en rapport avec la conduite parentale pourrait être affecté tant par la distance relationnelle que par les facteurs reliés au statut social.

La prévisibilité et la cohérence de la prise des décisions discrétionnaire ont servi à miner les types de préoccupations identifiés antérieurement par A.V. Dicey et Kenneth Davis au sujet de cette activité[111]. Les observations de Baumgartner placent toutefois ce phénomène sous un éclairage différent et plus troublant. Non seulement la discrétion n'émerge-t-elle pas comme une force qui permet la modification occasionnelle de la loi en réaction à un fait convaincant, mais elle peut aussi maintenir en permanence des valeurs qui ont été éliminées de nos lois officielles. Cette perspective laisse à penser que la promesse progressiste reliée à la discrétion peut être creuse dans la mesure où elle postule la souplesse et l'imprévisibilité de cette activité. Elle soulève de plus des préoccupations particulières au sujet de son exercice en rapport avec les situations mettant en cause la force parentale.

Il nous faut aussi tenir compte des incidences de la mesure dans laquelle le modèle de pouvoir discrétionnaire qui prédomine dans le débat juridique est essentiellement individualiste. Keith Hawkins allègue que c'est problématique[112]. Hawkins allègue qu'il est important de faire preuve de sensibilité à l'égard de la nature non individualiste ou « en série » de la prise des décisions discrétionnaire dans la plupart des contextes administratifs. Toute décision finale en rapport avec une question est le produit d'une chaîne de décisions, prises par différentes personnes, qui conduisent à cette décision finale[113]. Parmi les conséquences de cet état de fait, comme le perçoit Hawkins, il y a que la prise des décisions est très souvent concentrée dans les mains de ceux qui prennent des décisions informelles. L'exemple auquel Hawkins réfère met en cause des fonctionnaires administratifs qui agissent comme des « gardiens à la périphérie de leur organisation, où c'est généralement moins visible et moins contrôlable[114] ».

Bruce Archibald recourt à la métaphore du « gardien » pour décrire le rôle des procureurs dans le système de la common law[115]. Cette discussion a souligné toutefois que l'on s'attend que le rôle des procureurs à l'étape de l'enquête et du dépôt des accusations se limite à offrir des consultations juridiques à la police. À plusieurs égards, par conséquent, la prise des décisions par la police peut être la plus importante dans les situations mettant en cause la force parentale[116]. Parmi les questions que cela soulève, il y a celle de savoir si les situations mettant en cause la force parentale qui atteignent l'étape du dépôt d'accusations ont déjà fait l'objet d'un examen approfondi par la police en rapport avec le principe de l'intérêt public.

Ces critiques, qui minent la perspective légaliste naïve au sujet de la discrétion, mettent tout autant en question les propositions fondées sur l'opinion qui cherche à exploiter les lieux de discrétion actuels, et les nouveaux, ou à limiter l'activité discrétionnaire à la lumière de la menace qu'elle pose. À l'égard de ce dernier élément, le thème contemporain de la réponse légale à un pouvoir discrétionnaire excessif est l'imposition de normes de droit ou s'apparentant au droit[117]. À ce sujet, Nicola Lacey écrit :

> Dans sa tendance à produire des généralisations s'apparentant au droit au sujet du besoin et des moyens de contrôle du pouvoir discrétionnaire, l'accent qu'il met sur les règles, les normes et les lignes directrices, sa préoccupation au sujet de la procédure et de l'égalité formelle plutôt que sur le fond et sa focalisation sur le pouvoir discrétionnaire des agents de la « Couronne », la jurisprudence, même celle d'un type d'esprit relativement ouvert, tend à son insu à reproduire les limites inhérentes d'une théorie juridique plus conventionnelle[118].

Nonobstant ces thèmes de la critique au sujet de la nature du pouvoir discrétionnaire, de notre compréhension de son fonctionnement et de notre capacité à le contrôler, le débat légaliste au sujet du potentiel et de la légitimité de son activité se poursuit. Cette discussion abordera maintenant les questions qui surgissent dans ce contexte.

B. Les intérêts des victimes de la force parentale

L'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre relativement au retrait ou à la suspension des accusations met particulièrement en lumière les préoccupations générales classiques au sujet de la menace que ce type de prise de décisions par les responsables représente pour les droits individuels et, particulièrement, pour la règle de droit. Les thèmes de cette préoccupation ont été examinés dans la partie II de ce document. Il s'agit des idées voulant que, bien que le pouvoir discrétionnaire puisse faciliter la prise de décisions avec plus de sensibilité aux circonstances particulières de chaque cas et puisse donc améliorer la qualité de la justice que notre système judiciaire dispense, il entre en conflit avec le besoin perçu de normes générales claires qui s'appliquent à chaque cas. L'obligation des agents de la Couronne d'observer des normes générales semble constituer la protection de la liberté et des droits personnels.

À cet égard, l'exercice du pouvoir discrétionnaire, en ce qu'il touche les situations mettant en cause le recours à la force parentale, suggère un complément de préoccupations. Au premier rang de celles-ci, il y a que les intérêts des victimes de la force parentale en matière de sécurité seront compromis par l'exercice du retrait ou de la suspension des accusations de voies de fait. Il n'entre pas dans le cadre de cette discussion d'examiner la mesure dans laquelle la tentative du droit pénal de punir et de frapper d'incapacité des personnes et de décourager les autres par l'exemple améliore la sécurité des victimes de violence. Pour les fins de ce document, cependant, qu'il suffise de dire que l'intérêt que suscite l'abrogation de l'article 43 du *Code criminel* est

une réaction à la croyance que le fait d'isoler la conduite violente envers les enfants de la responsabilité criminelle n'améliore pas la sécurité des enfants de quelque façon que ce soit.

Si la prise des décisions discrétionnaire des procureurs s'exerce de manière à produire certains des mêmes résultats que l'article 43, ces décisions deviendront une préoccupation. En plus, compte tenu de la nature discrétionnaire et informelle du contexte de la prise des décisions, les personnes affectées par la décision peuvent ne pas être dans une position pour évaluer son équité. Ce point est parmi l'un des plus problématiques en ce qui concerne le postulat que le pouvoir discrétionnaire de poursuivre peut permettre à l'administration du droit pénal de distinguer la force parentale des autres types de force d'une façon moins inadmissible que l'article 43. Une partie antérieure de cette discussion a souligné dans quelle mesure la défense fondée sur la force pour corriger est en véritable tension avec les garanties offertes par la Charte. Ceci étant le cas, conformément à la décision Chartrand mentionnée plus tôt, un exercice du pouvoir discrétionnaire qui compromet ces droits de la même façon pourrait au moins donner la possibilité de soumettre la décision à un recours en révision en rapport avec sa cohérence avec les principes de la justice naturelle. Selon toute vraisemblance, cette décision ferait aussi l'objet d'une révision en rapport avec sa cohérence avec la justice fondamentale[119].

Un thème faible de la réaction à cet égard a trait à la nature complexe et ironique de la réflexion et de l'analyse relatives aux droits. C'est en quelque sorte un truisme de la pensée juridique critique, au moins, que la cohérence du principe « les droits parlent » est compromise dans la mesure où toute revendication d'un droit peut laisser à penser qu'elle compromet une autre revendication d'un droit[120]. Ce point n'est pas souvent illustré dans les litiges reliés à la Charte. La suggestion voulant que la Couronne ne devrait jamais exercer son pouvoir discrétionnaire de retirer ou de suspendre des accusations de voies de fait découlant du recours à la force parentale parce que cela compromet les intérêts des victimes en matière de sécurité protégés par la Charte pourrait tout aussi bien valoir pour plusieurs autres défenses. En fait, la Cour suprême a augmenté les moyens de défense en réaction aux préoccupations portant sur la façon dont ils enfreignent les droits que la Charte accorde à l'accusé, nonobstant les préoccupations à l'effet que cela compromet les intérêts des personnes qui peuvent être sujettes à ce genre de conduite en matière de sécurité[121].

En conséquence, c'est sans doute le cas que les défenses au criminel vont inévitablement contre les intérêts ou les droits des personnes contre lesquelles on ne porte pas d'accusations et, plus particulièrement, contre les victimes de la conduite. La défense fondée sur la force pour corriger est cependant extraordinaire dans la mesure où elle ne contrevient pas seulement aux intérêts des victimes de la force parentale en matière de sécurité, mais représente une discrimination formelle directe fondée sur l'âge et la situation familiale. À cet égard, donc, elle se distingue des autres défenses.

C. Activité discrétionnaire dans le contexte particulier du droit pénal

Dans le contexte des grands principes libéraux qui expliquent et justifient nos institutions juridiques et politiques, la légitimité de l'activité discrétionnaire est toujours plus ou moins sujette aux soupçons. Le droit pénal est certainement l'un des domaines du droit où ce type d'activité est accueilli avec les plus grands soupçons. C'est dans le contexte de l'administration du droit pénal que l'État est le plus ouvertement engagé dans la menace aux normes de base des droits de la personne : les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Une compréhension conventionnelle de la signification des droits à l'application régulière de la loi est qu'ils ont évolué précisément de façon à protéger ces droits individuels contre le processus des poursuites au criminel. Les droits à l'application régulière de la loi sont l'apothéose de la justice formelle, dont l'idéal est le plus fortement menacé par la prise des décisions discrétionnaire.

De façon générale, cet état de choses constitue un sérieux défi en ce qui concerne les propositions de réforme du droit pénal qui comportent une activité discrétionnaire de la part des auxiliaires de la justice. Nous sommes aux premiers jours de la surveillance de ce développement dans le contexte de l'énoncé des buts et des principes de la détermination de la peine du *Code criminel*. Par exemple, le but de l'alinéa 718(2)e) en vertu duquel les tribunaux accordent « une attention particulière aux circonstances dans les cas des contrevenants autochtones » semble confirmer les initiatives de cercles de détermination de la peine. Cependant, de telles initiatives se fondent sur une croyance en l'importance d'une formalité moindre et en un manque de préoccupation particulière pour la cohérence par rapport aux résultats des autres processus de détermination de la peine[122]. Peut-être n'est-il pas surprenant de constater que le droit jurisprudentiel, sur ce point, a manifesté la volonté des tribunaux d'innover et que les cours d'appel ont tenté d'imposer des principes généralement applicables et restrictifs à ces innovations[123].

Donc, l'on peut présumer que les décisions des procureurs de retirer ou de suspendre des accusations de voies de fait mettant en cause la force parentale rencontreront certains des obstacles qui sont particulièrement déployés pour s'opposer au pouvoir discrétionnaire en matière de droit pénal, où l'on accorde une grande valeur à la justice fondée sur la procédure. Ceci étant dit, comparativement aux nouveaux lieux de la prise des décisions informelle, cette discussion a examiné à quel degré l'exercice par les procureurs de leurs pouvoirs discrétionnaires classiques de retirer ou de suspendre les accusations est bien établi. L'on pourrait également établir une distinction entre les cas de prise des décisions informelle dont les résultats pourraient compromettre les intérêts de l'accusé et ceux qui ne jouent qu'en faveur de l'accusé en lui offrant un avantage éventuel. À cet égard, il peut être utile d'extrapoler sur le raisonnement de la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire R. c. Catagas[124]. Dans cette cause, l'accusé a allégué que la poursuite dont il était l'objet en vertu de la loi du Manitoba sur la *Convention concernant les oiseaux migrateurs*[125] représentait un recours abusif. Catagas avait été accusé de chasser sur des terres de la Couronne non

occupées, malgré une politique explicite voulant que les Autochtones ne seraient pas poursuivis pour ce type d'activité dans la province. La cour a établi que c'était « un cas évident de l'exercice d'un prétendu pouvoir de dispense découlant d'un acte du pouvoir exécutif en faveur d'un groupe particulier... [et] un tel pouvoir n'existe pas[126] ». L'autre pouvoir légitime disponible était la possibilité pour la Couronne de suspendre les procédures sur toute accusation en instance. La cour a toutefois statué que ce pouvoir discrétionnaire ne pouvait s'exercer que dans des cas particuliers : « Ce sont les faits particuliers à un cas donné qui permettent au pouvoir discrétionnaire d'entrer en jeu... La Couronne ne peut, par un acte du pouvoir exécutif, suspendre les lois[127] ». Le fait d'accentuer ainsi le besoin d'exercer le pouvoir discrétionnaire seulement dans des cas particuliers soulève un autre point. Dans la foulée de la décision dans l'affaire Catagas, personne n'a un intérêt qui s'approche de la nature d'un « droit » de voir le procureur général user de son pouvoir discrétionnaire pour suspendre les accusations en sa faveur. En conséquence, si l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le contexte du droit pénal soulève des préoccupations en raison de son incohérence avec les procédures formelles qui sont présumées protéger les droits des personnes accusées, il n'en est pas de même en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de suspendre des accusations. Il en est ainsi parce qu'aucun enjeu pertinent aux droits de l'accusé n'est en cause dans ce contexte.

L'argument, rejeté dans la cause Catagas, voulant que la politique sur les poursuites puisse permettre qu'un type de droit soit épargné des poursuites peut toutefois se distinguer de la suggestion voulant que le droit des accusés à un traitement égal devant la loi puisse être enfreint par le fait que le procureur n'exerce pas sa discrétion d'une quelconque façon. Le pouvoir qui peut trouver à s'appliquer à ce point a trait au paragraphe 4(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Dans la cause R. c. S.(S.)[128], le juge en chef du Canada Dickson a trouvé important que la loi donne au procureur [traduction libre] « un pouvoir, mais par un devoir, d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes de mesures de remplacement[129] ». L'aspect discrétionnaire de ce pouvoir appuyait la conclusion de la cour à l'effet que l'absence de tels programmes ne va pas à l'encontre de l'égalité des droits des jeunes contrevenants en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte. Cela pourrait ouvrir la porte à l'argument voulant que la nature optionnelle ou discrétionnaire du pouvoir de retirer ou de suspendre des accusations dans des cas mettant en cause la force parentale soustrait ce pouvoir à la contestation de ceux qui se sentent discriminés du fait qu'ils n'ont pu profiter de son exercice.

D. Les conséquences de l'abrogation de l'article 43 sur le pouvoir discrétionnaire de poursuivre

Cette discussion a déjà démontré que les procureurs peuvent déjà avoir, à l'intérieur des limites de leur pouvoir discrétionnaire, la capacité de distinguer la force parentale des autres formes de voies de fait afin de décider s'il faut ou non retirer ou suspendre des accusations. Cela soulève la question qui suit : le pouvoir

discrétionnaire devrait-il être affecté par des modifications apportées au droit qui refléteraient une moins grande tolérance envers la force parentale?

En abrogeant l'article 43, le Parlement démontrerait l'intention d'éliminer la signification éventuelle de l'état parental des considérations du droit en matière de voies de fait[130]. Il en découlerait sans doute qu'en l'absence de certaines directives spécifiques du Parlement, l'intention de ce dernier à cet égard devrait réduire la mesure dans laquelle le doit réagit de manière informelle à la qualité parentale. Tel que mentionné plus tôt, l'abrogation de l'article 43 empêcherait au moins les procureurs de considérer la force pour corriger comme un élément de « toute défense » dont un accusé pourrait disposer lorsque l'avocat de la Couronne applique le principe de la preuve suffisante lorsqu'il décide d'engager ou non une poursuite. Relativement au deuxième principe qui s'applique à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre en ce domaine, l'abrogation de la défense fondée sur la force pour corriger pourrait être comprise comme donnant un contenu qui fait autorité au concept de « l'intérêt public ».

Réciproquement, si le Parlement veut conserver une certaine ouverture informelle relativement à la force parentale dans l'application de la loi en matière de voies de fait, il est intéressant de se demander s'il peut faire preuve de clarté à ce sujet, de manière à éviter le symbolisme inadmissible du moyen de défense fondé sur la loi. Sur le plan pratique, un obstacle à la capacité du Parlement d'influer sur les aspects informels de l'administration du *Code criminel* est le fait que ceux-ci relèvent de la compétence des procureurs généraux des provinces. Il en découle qu'il serait impossible pour le procureur général du Canada, un député fédéral et un membre du Cabinet fédéral de promulguer directement une politique à l'attention de l'avocat de la Couronne qui exerce son pouvoir discrétionnaire de retirer ou de suspendre des accusations en vertu du *Code criminel*.

Outre ces considérations pratiques, ces questions éclairent certains des aspects les plus énigmatiques et les plus anormaux de l'activité discrétionnaire. Il semble possible que l'attitude de « tolérance » d'un auxiliaire de la justice plutôt que la reconnaissance soit une condition nécessaire de son exercice effectif. Si ceci est le cas, cela suggère des limites à la capacité de recourir à la perspective de la prise des décisions discrétionnaire comme moyen de promouvoir l'acceptation de modifications législatives qui pourraient autrement paraître trop radicales.

Jusqu'à un certain point, la cause Catagas peut illustrer ce point. Dans cette affaire, rappelons que la Cour d'appel du Manitoba a invalidé une politique générale qui permettait de ne pas engager de poursuites contre les Autochtones. Cependant, la cour n'a pas questionné la validité du même résultat provenant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire individuel relativement à des cas spécifiques. D'une certaine façon, donc, les grands modèles de l'activité discrétionnaire peuvent s'appliquer systématiquement d'une manière qui soulèverait les soupçons si ces modèles étaient intentionnels.

VI. Conclusion

Il est difficile d'articuler des conclusions relativement à la question générale que ce document pose au sujet du rapport entre les programmes de réforme du droit et l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les auxiliaires de la justice. Le fait que certains courants théoriques aient réussi à semer le doute sur le degré où le pouvoir discrétionnaire est un concept utile et sur la mesure où son exercice par les auxiliaires de la justice est un phénomène réel, n'en est pas la moindre cause. Si nous laissons ces doutes de côté, ce que nous pouvons dire de manière générale, c'est que les corps législatifs et les spécialistes du droit eux-mêmes participent activement aux tentatives de tirer profit de tout le potentiel que ce type d'activité peut offrir.

Le centre d'intérêt particulier de cette discussion, soit le pouvoir discrétionnaire de poursuivre et l'abrogation de la défense fondée sur la force pour corriger, ne fait que commencer à toucher certains des détails du rapport complexe qui existe entre les programmes relatifs au pouvoir discrétionnaire et à la réforme législative. Le potentiel du pouvoir discrétionnaire de faire progresser vers l'atteinte des objectifs de la réforme du droit peut dépendre uniquement de l'inclination des auxiliaires de la justice pris individuellement, comme les procureurs, et, en même temps, il peut être simplement impossible d'exploiter ce potentiel en imposant les choses d'en haut. Si nous voulons vraiment que les acteurs du système judiciaire exercent le pouvoir discrétionnaire, alors les initiatives de réforme du droit qui « viennent d'en haut » et qui permettent ce type d'activité ne peuvent s'appuyer sur certains types de décisions favorables à la politique de la part de ceux à qui l'on accorde les pouvoirs discrétionnaires. La théorie juridique nous enseigne que les règles, qui sont l'opposé des lieux du pouvoir discrétionnaire, sont le moyen d'assurer des types spécifiques de décisions.

Parce qu'elle est imprévisible par définition, lorsqu'elle s'inscrit dans une proposition de réforme du droit, l'activité discrétionnaire doit de quelque façon être importante en soi. Le pouvoir discrétionnaire des auxiliaires de la justice peut, par exemple, accroître la participation de la collectivité à des éléments du système judiciaire. Cela a été le cas avec les initiatives des cercles de détermination de la peine que le pouvoir discrétionnaire en cette matière a permises[131]. Il serait toutefois difficile d'essayer d'atteindre certains objectifs particuliers, par exemple, une incarcération et une récidive moindres, par le moyen de cette sorte de pouvoir discrétionnaire, sans interférer avec l'activité discrétionnaire en soi, en établissant des lignes directrices qui sont pour le moins des quasi-règles.

Ces points sont illustrés dans l'exemple spécifique du rôle du pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour faciliter la fin de la défense fondée sur la force pour corriger inscrite dans le *Code criminel*. À cet égard, reportons-nous au point de vue exprimé par la majorité des membres de la Commission de la réforme du droit il y a douze ans. Ces membres pensaient qu'une telle disposition (article 43, en ce qu'il concerne les parents) devait être conservée pour éviter l'intrusion de l'exercice des

pouvoirs de police dans le lieu privé qu'est le foyer pour chaque claque ou fessée insignifiante[132].

Plutôt que de conserver l'article comme l'a suggéré la Commission, ce document a étudié l'option qui consiste à s'appuyer sur le pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour modifier le droit en matière de voies de fait lorsqu'il s'agit de l'exercice de la force parentale. Le potentiel pour le faire semble résider dans le pouvoir du procureur général de mettre fin à des procédures au criminel après le dépôt d'accusations, sur la foi du manque de cohérence avec l'intérêt public. Ironiquement, toutefois, l'acte qui consisterait à abroger l'article 43 pourrait donner le contenu de fond à la notion d'intérêt public qui empêcherait le pouvoir discrétionnaire de s'exercer de cette façon.

Une autre ironie a trait à la nature de notre structure légaliste du concept de la discrétion. Tel que suggéré ci-dessus et de manière importante, il ne nous est pas permis d'attendre des types particuliers de décisions de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. De telles attentes nécessiteraient une cohérence ou une prévisibilité du résultat du processus de prise des décisions, ce qui signifierait que le pouvoir discrétionnaire ne s'exerce pas « véritablement ». Cela laisse donc à entendre qu'il y a des limites à vouloir établir, de manière franche et officielle, le pouvoir discrétionnaire de poursuivre comme un complément aux stratégies de réforme du droit.

Nous sommes libres de présumer, et peut-être sommes-nous justifiés de nous attendre à cela, qu'en l'absence de l'article 43 du *Code criminel*, le pouvoir discrétionnaire de poursuivre s'exercera parfois de façon à distinguer la force parentale des autres formes de conduites comportant la force pour les fins des poursuites relatives à des accusations de voies de fait. Il se peut que ce ne soit pas suffisant pour convaincre les défenseurs du maintien de l'article 43 que l'on a répondu à leurs préoccupations. Les parents ne « méritent » toutefois pas que l'on isole leur conduite mettant la force en cause de la responsabilité légale autant que les enfants méritent de voir la fin de la façon par laquelle le droit compromet formellement leurs intérêts en matière de dignité et de sécurité. Il est donc tout à fait pertinent que toute complaisance démontrée dans l'application du droit pénal en matière de force parentale ne devrait pas être plus formelle que le pouvoir discrétionnaire dans sa nature même.

Notes de fin de document

[1] Handler, Joel, « Discretion: Power, Quiescence, and Trust » dans Hawkins, Keith, dir., The Uses of Discretion, Oxford, Clarendon, 1992, p. 331.

[2] S.R.C. 1985, ch. C-46.

[3] Voir Stenning, Philip, Appearing for the Crown, Cowansville, Qué., Brown Legal Publications, 1986.

[4] Il peut s'agir d'une défense d'une conduite qui pourrait s'avérer également être une agression sexuelle. C'est le sujet de mon exposé intitulé « The Corrective Force Defence and Sexual Assault » lors de l'assemblée annuelle de l'Association canadienne « droit et société » qui a eu lieu à Sherbrooke en juin 1999.

[5] "L'avocat Dallas Miller... a dit que les tribunaux sont tout à fait en mesure de décider quand la limite entre la discipline et l'agression est franchie. L'élimination de l'article 43 entraînerait l'établissement d'une 'nounoucratie' qui transformerait les parents en criminels." « Right to spank Children Faces Challenge by Advocacy Group », Vancouver Sun, 20 novembre 1998, A10.

[6] CANADA. Commission de réforme du droit du Canada. Pour une nouvelle codification du droit pénal, éd. rev., Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987, p. 40.

[7] L'article 265 du *Code criminel* se lit en partie comme suit : « (1) Commet des voies de fait... quiconque, selon le cas : a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement; b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne... »

[8] Voir Martin, Dianne, « Retribution Revisited: A Reconsideration of Feminist Criminal Law Reform Strategies », 36 Osgoode Hall L.J. 150, 1998. Dianne Martin prêche la prudence relativement à la tendance à faire équivaloir le fait de prendre les crimes contre les femmes « sérieusement » et le besoin de traiter les contrevenants de manière plus punitive (p. 153). De manière semblable, pour les fins de la présente discussion, la suggestion que la poursuite au criminel n'est pas le meilleur moyen de réagir à tous les exemples d'utilisation de la force parentale ne devrait pas être interprétée comme un manquement à considérer sérieusement une telle conduite.

[9] Noonan, Sheila, commentaires sur le jugement *Ogg-Moss* c. *R.*, 41 C.R. (3d), 1984, 297-299.

[10] Hawkins, Keith, « Law and Discretion : Exploring Collective Aspects of Administrative Decision-Making », 8 Education L.J., p. 139-141.

[11] Cousineau, Douglas, Verdun-Jones, Simon, « Cleansing the Augean Stables: A Critical Analysis of Recent trends in the Plea Bargaining Debate in Canada », 17 Osgoode Hall L.J., 1979, p. 227-240.

[12] Kenneth Culp Davis présente la définition qui suit : « Un agent de l'ordre public a un pouvoir de discrétion dès que les limites effectives de son pouvoir lui laisse la liberté de faire un choix entre différentes lignes de conduite ou l'inaction. » Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 4.

[13] Dicey, A.V. An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10e éd., London, Macmillan, 1959, p. 188. Le premier des trois concepts qui, selon Dicey, constituent la règle de droit établit que : « ,,, aucun homme n'est punissable ou ne peut légalement souffrir dans son corps ou dans ses biens sauf pour un abus de droit distinct établi de la manière légale ordinaire devant les tribunaux ordinaires du territoire. En ce sens, la règle de droit contraste avec chaque système de gouvernement fondé sur l'exercice de pouvoirs de contraintes larges, arbitraires ou discrétionnaires par les personnes en autorité. (*Ibid.*, p. 88)

[14] Schneider, Carl E., « Discretion and Rules: A lawyer's View » dans *Hawkins, Keith, précité*, note 1, p. 46.

[15] *Hawkins, Keith*, préface, note 1, p. vi.

[16] *Schneider, Carl E., précité*, note 14, p. 57.

[17] Comme le professeur Hogg le souligne, la délégation de pouvoir des gouvernements à des organismes et à des tribunaux administratifs a connu un essort au cours des derniers 100 ans, au point que ces derniers traitent davantage de différends et d'argent que les tribunaux ordinaires. Une telle délégation permet le développement d'une expertise dans des secteurs particuliers; l'innovation en ce qui concerne les politiques et les recours; les activités de recherche et d'information; alléger les tribunaux ordinaires d'un volume de travail; l'élaboration d'une procédure plus rapide et moins coûteuse que les tribunaux ordinaires. Hogg, Peter, Constitutional Law of Canada, 3e éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 190.

[18] Hart, H.L.A., « Separation of Law and Morals », 71 Harvard L.R., 1958, p. 593-606.

[19] Hart, H.L.A. The Concept of Law, Oxford, Clarendon, 1961, p. 132.

[20] Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, p. 81.

[21] *Ibid.*, p. 29.

[22] *Ibid.*, p. 81.

[23] *Ibid.*, p. 81.

[24] *Ibid.*, p. 31.

[25] *Ibid.*, p. 32.

[26] Dans la réflexion juridique critique, bien sûr, aucune des théories du positivisme général ou fondée sur les principes de Hart et de Dworkin, respectivement, n'est convaincante sur les plans descriptif ou normatif. C'est le cas particulièrement pour autant que ces explications générales sont conçues pour maintenir la distinction entre le droit et la politique, qui est essentielle au concept libéral de la règle de droit. Sur le plan juridique critique, l'adjudication est une activité intrinsèquement politique et idéologique. Voir Kennedy, Duncan, A Critique of Adjudication {fin de siècle}, Cambridge, Harvard University Press, 1997; Mandel, Michael, The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada, 2e éd., Toronto, Thompson, 1994; Hutchinson, Allan, Waiting for Coraf: A Critique of Law and Politics, Toronto, University of Toronto Press, 1995.

[27] *Hawkins, Keith*, précité, note 1, p. 14, 16.

[28] *Davis, Kenneth Culp, précité*, note 12, p. vi [C'est nous qui soulignons.]

[29] *Ibid.*, p. 188.

[30] *Hawkins, Keith, précité*, note 1, p. 17. Le nombre de fois où l'on cite son travail avec approbation dans les travaux récents portant sur le droit administratif et la prise des décisions discrétionnaire témoigne de l'influence continue de l'analyse de Davis dans le contexte canadien contemporain. Voir, par exemple, Administrative Law: Principles, Practice, Pluralism, Toronto, Carswell, 1992, et, plus particulièrement, Janisch, Hudson, « The Choice of Decision making Method: Adjudication, Policies, and Rulemaking », p. 259-285, et Fraser, J.A., « Rule-Making: A Cautionary Comment », p. 327-334.

[31] *Davis, Kenneth Culp, précité*, note 12, p. 215.

[32] *Hawkins, Keith, précité*, note 28, p. 17.

[33] « ... les avocats tendent à penser au « droit » comme étant un système de règles. Lorsqu'un secteur du droit... semble être pauvre en règles et riche en pouvoir discrétionnaire, ils commencent à se demander s'il s'agit bien de droit. » *Schneider, Carl E., précité*, note 14, p. 48. Voir aussi Lacey, Nicola, « The Jurisprudence of Discretion: Escaping the Legal Paradigm » dans *Hawkins, Keith, précité*, note 1, p. 362.

[34] La distinction entre les règles et le pouvoir discrétionnaire est un reflet de l'engagement juridique libéral général à l'égard de la distinction entre le droit et les politiques qui soutiennent la notion libérale de la règle de droit qui a été l'objet d'une attaque soutenue des chercheurs juridiques critiques. Voir, par exemple, Hutchinson, Alan, précité, note 26, p. 7-12.

[35] Madame la juge Beverly McLachlin, « Rules and Discretion in the Governance of Canada », 56 Saskatchewan L.R., 1992, p. 167.

[36] Voir Emerson, Robert, et Pailey, Blair, « Organizational Horizons and Complaint-Filing » dans *Hawkins, Keith, précité*, note 1, p. 231. L'étude de l'auteur sur l'exercice de la discrétion dans un bureau de procureur adjoint de district confirme le point « bien établi » qu'une « dichotomie règles-pouvoir discrétionnaire précise postule et perpétue des traitements trop étroits et mécanistes de la prise de décision discrétionnaire. Cette dichotomie laisse dans l'ombre les processus éventuels et variables qui, inévitablement, ne sont pas spécifiés dans les règles mêmes. » (*Ibid.*, p. 231.)

[37] *Hawkins, Keith, précité*, note 1, p. 17.

[38] David Luban, qui est loin d'être un penseur conformiste (si c'est ce que serait un nouveau Dicey), présente la « conjecture empirique » qui suit dans son essai intitulé « The Legacies of Nuremberg » dans Legal Modernism, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997, p. 373-374 : « ... que les sociétés industrielles deviennent de plus en plus complexes; qu'une telle complexité ne peut être gouvernée que par une discrétion administrative entière et arbitraire — un pragmatisme opposé à la règle de droit — ou bien une bureaucratie qui prolifère et passe au-dessus du seuil qui ne réglemente personne; et qu'un État réglementé de l'une ou l'autre de ces deux façons prendra vraisemblablement les caractéristiques du III[e] Reich... »

[39] Je soulève une question reliée à cela, en l'élargissant, dans mon examen de A Critique of Adjudication: {fin de siècle}, de *Duncan Kennedy, précité*, note 26. Kennedy allègue que les juges des cours d'appel (en particulier) agissent de « mauvaise foi » et sont en « dénégation » lorsqu'ils rendent des jugements écrits en termes objectifs qui nient la nature profondément idéologique de l'adjudication. Kennedy identifie cet élément idéologique comme étant (p. 191) « une sorte de secret, comme un seccret familial — la relation incestueuse entre le grand-père et la mère — qui affecte toutes les générations, comme une chose à la fois connue et niée ». Il m'apparaît toutefois que quelque chose de plus complexe et de plus intéressant peut survenir dans ce processus que celui que circonscrivent les concepts de « mauvaise foi » et de « dénégation » de Kennedy. Je pense que chacun, y compris au sein du public, est au courant du secret. Il y a cependant une ironie fascinante en ce que, si nous voulons le droit (et peut-être ne le voulons-nous pas), nous devons parler comme si nous ne connaissions pas le secret.

J'ai suggéré dans le texte qui accompagne cette note qu'une condition nécessaire de notre édification du droit et de l'analyse juridique est un certain degré d'atomisation du monde social sous forme de faits et une sélection de certains de ces faits en rapport avec des

catégories juridiques artificielles. Il est parfaitement acceptable de rejeter ce processus, mais, à un certain point, cela consisterait à rejeter le concept du droit. J'émets l'idée qu'il y a une question à soulever en rapport avec la position judiciaire objective que Kennedy accuse d'être de la malhonnêteté qui masque la nature idéologique de l'adjudication. Pour me citer moi-même : « Selon cette possibilité plus complexe... si le droit se distingue nettement de la politique en fonction de conventions linguistiques que l'on observe dans certains contextes institutionnels, l'existence du droit dépend des juges qui s'occupent de « la question de l'objectivité » en écrivant leur opinion. Il peut y avoir des options plus transparentes, mais elles peuvent ne pas relever du droit. » [35 Osgoode Hall L.J., 1997, p. 403.]

[40] Voir *Lacey, Nicola, précité*, note 33. La professeure Lacey allègue qu'il existe un « paradigme juridique » anglo-américain prédominant. Dans sa discussion des conséquences de ce paradigme pour l'étude du pouvoir discrétionnaire, elle écrit : « Ce type de démarche jurisprudentielle du pouvoir discrétionnaire judiciaire [qui insiste sur "la pertinence spéciale de certaines sortes de questions (normalement celles qui ont trait aux droits de la personne)"] découle en partie de... l'association de l'idéal de la règle de droit avec la valeur que constitue la justice officielle (traiter les causes semblables de manière semblable) et avec la protection des droits de la personne. L'accent que l'on met sur la justice formelle a trait à l'importance de la notion de rationalité dans la perspective d'un monde libéral : la foi en l'idée que la transparence, la rationalité, la cohérence, la généralité et la prévisibilité (valeurs qui logent au cœur l'idéal de la règle de droit) conduiront à l'équité... Cette conception de l'équité est irréductiblement axée sur le processus, ce qui reflète l'insistance traditionnelle de l'idéologie juridique sur une distinction nette entre la révision de l'acte judiciaire et l'appel sur le fond. » (p. 369-370.) [C'est nous qui soulignons.]

[41] Minow, Martha et Spelman, Elisabeth, « In Context » 63 Southern California L. R. 1597, 1989-1990. P. 1632-1633.

[42] *Handler, Joel, précité*, note 1, p. 331.

[43] « Si une règle stipule que les faits sont donnés, alors, soit la règle est valide, auquel cas la réponse doit être acceptée, ou bien elle ne l'est pas, auquel cas elle n'aide en rien à rendre une décision. » Dworkin, Ronald, précité, note 20, p 24. [C'est nous qui soulignons.]

[44] Abadinsky, Howard, Discretionary Justice: An Introduction to Discretion in Criminal Justice, Springfield, Charles C. Thomas, 1984, chap. I, tel que cité dans Archibald, Bruce P., « The Politics of Prosecutorial Discretion: Institutional Structures and the Tensions Between Punitive and Restorative Paradigms of Justice », 3 Canadian Criminal L.R. 68, 1998, note 8.

[45] *Handler, Joel, précité*, note 1, p. 331.

[46] Voir Merry, Sally et Miller, Neal, dir. The possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993.

[47] Voir Green, Ross, Justice in Aboriginal Communities: Sentencing Alternatives, Saskatoon, Purich Publishing, 1998.

[48] *R.* c. *S.* (R.D.) C.S.C. (1998), par. 42-44.

[49] Relativement au taux général d'incarcération, dans *R.* c. *Gladue* (Cour suprême du Canada, 23 avril 1999, non encore rapporté, voir http://www.droit.umontreal.ca/doc/csc-scc/fr/index.html, juges Cory et Iacobucci, au nom d'un tribunal unanime, ont reconnu que (au paragraphe 52) :

« Le Canada fait figure de chef de file mondial dans de nombreux domaines, et particulièrement en matière de politiques sociales progressistes et de droits de la personne. Malheureusement, notre pays se distingue aussi, à l'échelle mondiale, par le nombre de personnes qu'il met en prison. Bien que les États-Unis, avec plus de 600 détenus pour 100 000 habitants, aient de loin le plus haut taux d'incarcération parmi les démocraties industrialisées, le taux au Canada est d'environ à 130 détenus pour 100 000 habitants, ce qui le place au deuxième ou au troisième rang : voir à Ministres responsables de la Justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires, Croissance de la population carcérale: Premier rapport d'étape (1997), annexe B, à la p. 1; Bulletin of U.S. Bureau of Justice Statistics, Prison and Jail Inmates at Midyear 1998 (mars 1999); The Sentencing Project, Americans Behind Bars: U.S and International Use of Incarceration, 1995 (juin 1997), à la p. 1. Qui plus est, le taux d'incarcération par les tribunaux canadiens s'est accru considérablement au cours des dernières années, avec cependant une légère baisse récemment : voir Statistique Canada, «Population carcérale et coûts connexes» dans Infomat : Revue hebdomadaire (27 février 1998), à la p. 6. Ces statistiques relatives aux taux d'incarcération n'inspirent aucune fierté. »

Relativement à la surreprésentation des Autochtones canadiens dans les établissements pénitentiaires, la court a statué (paragraphe 58) :

« Si le recours à l'incarcération constitue un problème eu égard à l'ensemble de la population, il est beaucoup plus aigu dans le cas des Autochtones canadiens. Au milieu des années 80, les autochtones représentaient environ 2 p. 100 de la population du Canada, mais 10 p. 100 de la population carcérale. Au Manitoba et en Saskatchewan, les Autochtones constituaient entre 6 et 7 p. 100 de la population, mais représentaient, au Manitoba, 46 p. 100 des admissions provinciales et, en Saskatchewan, 60 p. 100 : voir M. Jackson, «Locking Up Natives in Canada» (1988-1989), 23 U.B.C. L. Rev. 215 (article rédigé initialement comme rapport de l'Association du Barreau canadien, Comité spécial sur l'emprisonnement et la libération, publié en juin 1988), p. 215-216. La situation ne s'est pas améliorée ces dernières années. En 1997, les Autochtones constituaient près de 3 p. 100 de la population du Canada, mais 12 p. 100 de l'ensemble des détenus fédéraux : Solliciteur général du Canada, Rapport global, Pour une société juste, paisible et sûre : La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition – Cinq ans plus tard, 1998, p. 163-179. »

[50] Ainsi, en présentant le projet de loi C-41 en deuxième lecture, le 20 septembre 1994 (Débats de la Chambre des communes, vol. IV, 1re sess., 35e lég., p. 5871 et 5873), le ministre de la Justice Allan Rock a fait les déclarations suivantes concernant l'objectif réparateur du projet : « On retrouve, tout au long du projet de loi C-41, un principe général voulant que l'on n'emprisonne que les personnes qui méritent d'être emprisonnées. Il faudrait prévoir d'autres solutions pour les personnes qui commettent des infractions ne nécessitant pas une incarcération... Les prisons seront là pour ceux qui en ont besoin, ceux qui devraient être punis de cette façon ou exclus de la société... [L]e projet de loi crée un climat qui encourage les sanctions communautaires et la réinsertion sociale des délinquants parallèlement à la réparation accordée aux victimes, en plus d'amener les criminels à mieux assumer la responsabilité de leurs actes. »

[51] Monsieur le juge en chef E.D. Bayda (cour d'appel de la Saskatchewan), « The Theory and Practice of Sentencing: Are They On the Same Wavelength? » 60 Saskatchewan L.R., 1996, P. 317.

[52] *Code criminel*, art. 717.

[53] Loi sur les jeunes contrevenants, S.R.C. 1985, ch. Y-1, 4.

[54] Les formes de voies de fait graves, c'est-à-dire, celles qui n'entrent pas dans la catégorie légale des « voies de fait simples », se retrouvent à l'article 267 (voies de fait avec une arme ou causant des lésions corporelles) et 268 (voies de fait graves). Les infractions aux articles 267 et 268 ne sont pas vraiment l'enjeu ici dans la mesure où leur perpétration comporte un degré de force qui excéderait presque certainement la notion de « mesure raisonnable dans les circonstances » de l'article 43. Par exemple, relativement aux voies de fait graves, bien que la Couronne n'ait pas à faire la preuve qu'il y avait intention de blesser, de mutiler ou de défigurer, la prévisibilité objective de tels préjudices est nécessaire. *R.* c. *Godin* (1994), 31 C.R. (4th) 33 (C.S.C.).

[55] Un thème de l'argument pratique est qu'il serait ridicule de penser à poursuivre les parents et les enseignants pour chaque application de la force exercée contre leurs enfants ou leurs élèves, respectivement. Les arguments sociaux ont trait au courant d'opinion qui laisse à entendre que le châtiment corporel est une bonne chose pour les enfants (« qui aime bien...). Sur le plan politique, l'on allègue que la pratique de la correction physique de ses propres enfants est une activité éminemment privée qui n'est pas du ressort légitime de l'État et de son droit pénal. Tel qu'indiqué dans l'introduction à cette discussion, la Commission de réforme du droit du Canada a exprimé un certain appui à ce point de vue. Pour une nouvelle codification du droit pénal, *précité*, note 6.

[56] Le livre des proverbes, 29 : 15-17.

[57] Dans *R.* c. *Graham* (1994), 151 N.B.R. (2d) 81, confirmé (1995), 39 C.R. (4th) 339 (Q.B.), une cause dans laquelle un enseignant a donné la fessée à un élève de neuf ans qui avait dérangé la classe, le juge Harper de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a indiqué que la maxime est aussi valide aujourd'hui qu'à l'époque biblique. Cette cause comportait la question importante de la signification de la responsabilité criminelle lorsqu'il y a des ententes contractuelles en vertu desquelles les enseignants acceptent de ne pas imposer de xhâtiment corporel. Dans cette cause, la cour a décidé que le paragraphe 70(2) de la Loi scolaire, S.N.B. 1990, n'affectait pas la capacité de l'accusé de recourir à la défense de la force pour corriger en vertu de l'article 43 du *Code criminel*.

[58] Frye, Northrop, The Great Code: The Bible and Literature, Totonto, Harcourt Brace Jovanovich, 1986, p. 121, cité dans McGillivray, Anne, R. c. K. (M.) : Legitimating Brutality (1992), 16 C.R. (4th) 125.

[59] *R.* c. *K.* (*M.*) (1992), 16 C.R. (4th) 121 (Man.C.A.).

[60] *Précité*, note 56.

[61] *Ibid.*, p. 127-128.

[62] S.C. 1892, ch. 29.

[63] Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England, Book 1, 14e éd., 1803, par. 452-453.

[64] *Précité*, note 60, s. 5.

[65] Colvin, Eric, Principles of Criminal Law Second Edition, Toronto, Carswell, 1991, p. 227.

[66] *McGillivray, précité*, note 58, p. 132.

[67] *Noonan, Sheila, précité*, note 9, p. 299.

[68] La partie I de la Loi constitutionnelle de 1982. Soit l'annexe B de la Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, ci-après nommée la Charte. « Des groupes de défense des enfants traînent Ottawa devant la cour : frapper les enfants, ce n'est pas de la discipline, disent les militants », Globe and Mail, 21 nov. 1998. Voir aussi Greene, Sharon D., « The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code: Children's Right to be Protected from Physical Assault, Part I » (1998) 41 C.L.Q. 288; « Part II » (1999), 41 C.L.Q. 462.

[69] L'article 7 de la Charte se lit comme suit : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

[70] Le paragraphe 15(1) de la Charte se lit comme suit : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[71] « Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. »

[72] Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 20 novembre 1989. Signée par le Canada en 1990. « La C.-B. ne respectent pas ses obligations relativement aux droits des enfants, dit un rapport », Vancouver Sun, 18 mars 1997.

[73] E.T.S. n° 5; U.K.T.S. 70 (1950), CMD. 8969. « La Grande-Bretagne limitera le droit de frapper les enfants », Globe and Mail, 29 septembre 1998.

[74] *Précité*, note 9.

[75] *Ibid.*, p. 308.

[76] Voir Archard, David, Children: Rights and Childhood, New York, Routledge, 1993. Voir aussi Reitsma-Street, Marge, « More Control than Care: A Critique of Historical and Contemporary Laws for Delinquency and Neglect of Children in Ontario » (1989) 3 C.J.W.L. 510. Reitsma-Street établit, analyse et évalue les conséquences des cadres idéologiques opposés des « droits » et des « parens patriae » qui documentent la législation au sujet du bien-être des enfants.

[77] Bien que le contenu de la notion des droits de la personne soit l'objet de débat, nous pouvons au moins dire avec confiance qu'ils sont des « droits qu'une personne a du seul fait qu'elle est une personne humaine » [Donnelly, Jack, Universal Human Rights in Theory and Practice, Ithica, Cornell University Press, 1989, p. 9.]. De plus, l'on peut caractériser les droits de la personne comme étant les « conditions minimales d'une vie vécue sous le sceau de la dignité » (Ibid, p. 18.). Les choses deviennent plus complexes à ce point étant donné que la dignité, de toute évidence, est un concept large. En outre, il existe plusieurs façons de reconnaître la dignité humaine, dont l'une comporte l'idée que les êtres humains peuvent faire ces revendications justement parce qu'ils sont humains.

[78] Howard, Rhoda, « Dignity, community and Human Rights » dans Naim, Abdullahi Ahmed, dir., Human Rights in Cross-Cultural Perspective, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1992, p. 81.

[79] *Ibid.*, p. 86.

[80] *Ibid.*, p. 85.

[81] Ce doit accorde à un Lord un droit d'accès sexuel à des femmes non mariées de la classe des serfs.

[82] L'article 43 dit qu'on peut être « fondé » à utiliser la force pour corriger. Les défenses en vertu du droit criminel qui sont « fondées » se distinguent des excuses en ce que les premières sont comprises comme ayant été nécessaires et comme quelque chose que toute personne, dans les mêmes circonstances, aurait fait, et peut-être devrait faire. Les excuses, d'un autre côté, reconnaissent que la conduite est fautive, mais que, pour quelque raison, la personne accusée ne devrait par être reconnue coupable d'une infraction dans les circonstances.

[83] Voir *Greene, Sharon D., précité*, note 68, pour une longue énumération d'exemples de conduites violentes qui ont été considérées justifiées en vertu de l'article 43.

[84] La Nouvelle-Écosse a un directeur des poursuites publiques qui a un degré élevé d'indépendance par rapport au procureur général de la province. Public Prosecutions Act, S.N.S., 1990, ch. 21.

[85] Constitution Act, 1867, U.K., 30 et 31 Victoria, c. 3, s. 91(27).

[86] Art. 92(14).

[87] *R.* c. *Harrison* (1976), 66 D.L.R. (3d) 660 (C.S.C.). Cette cause avait trait à l'article 605 du Code criminel (maintenant article 676). Voici ce que dit cet article « ... procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel : contre un jugement ou verdict d'acquittement ou un verdict de non-responsabilité criminelle... ». En rejetant une contestation de la défense relativement à la décision de la Couronne d'en appeler en se fondant sur le fait que le procureur général n'avait pas participé personnellement à la décision, Monsieur le juge Dickson (alors en fonction) a décidé ce qui suit (665) : [traduction libre] « quand l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est confié à un ministre de la Couronne, l'on peut présumer qu'il sera exercé non pas par le ministre lui-même, mais par les fonctionnaires responsables de son ministère... »

[88] Dans la cause *R.* c. *McKay* (1979) 9 C.R. (3d) 378 (Sask. C.A.), la cour a confirmé que la participation personnelle du procureur général n'était pas nécessaire pour appuyer la décision d'un procureur prise en vertu de l'article 579 de suspendre l'instance.

[89] *Précité*, note 87, 665-666.

[90] Outre la tâche des procureurs généraux d'adopter des lignes directrices générales pour les avocats-conseils de la Couronne, Code indique que la conduite des causes est la responsabilité des procureurs pertinents. L'exception à cette situation générale a trait aux causes qui soulèvent des enjeux de nature politique ou de principe qui sont assez importants pour qu'on s'attende à ce que le procureur général ait à répondre à des questions. Dans de telles circonstances, Code indique que les procureurs généraux sont informés de la position de la Couronne. Bien que les procureurs généraux aient la capacité de modifier cette position en réaction à de sérieuses préoccupations qu'ils peuvent avoir, la position des fonctionnaires du ministère est habituellement acceptée. Code, Michael, « Crown Counsel's Responsibilities When Advising the Police at the Pre-Charge Stage » 40 Criminal Law Quaterly 326, 1998, p. 351-352.

[91] *Ibid.*, p. 326.

[92] Par exemple, l'article 185 du Code criminel exige que le procureur général d'une province signe une demande d'autorisation pour intercepter des communications privées.

[93] *Code, Michael, précité*, note 90, p. 337.

[94] *Ibid.*, p. 339.

[95] *Archibald, Bruce, précité*, note 44, note de bas de page 59.

[96] Code, Michael, précité, note 90, p. 342. Cependant, Don Stuart suggère que les procureurs de la Couronne décident ordinairement s'il y aura dépôt ou non d'accusations et quelles seront ces accusations. Voir « Prosecuting Accountability in Canada » dans Stenning, Philip, dir., Accountability for Criminal Justice: Selected Essays, Toronto, University of Toronto Press, 1995, p. 330. Dans son examen de « l'imputabilité des procureurs au Canada, particulièrement en ce qui concerne les réalités pratiques de la poursuite à Toronto », le professeur Stuart signale que les « avocats de la Couronne ont pratiquement une entière discrétion relativement à la décision de porter des accusations [et] et aux genres d'accusations... » p. 332.

[97] *Code criminel*, article 579.

[98] Pour une liste d'autres décisions que les procureurs peuvent prendre, voir *Archibald, Bruce, précité*, note 44, p. 80.

[99] *Ibid.*, p. 81.

[100] *Stenning, Philip, précité*, note 3, p. 26.

[101] *Code criminel*, par. 579(2).

[102] Dans *R.* c. *Osborne* (1976), 25 C.C.C. (2d) 405, Monsieur le juge Limerick de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a statué : [traduction libre] « ... le procureur de la Couronne est en meilleure position que le juge pour savoir jusqu'à quel point un cas est sérieux. De plus, le procureur étant le représentant de la Reine, il serait inconcevable que la cour refuse le droit à Sa Majesté de retirer une information ou de suspendre une poursuite. »(412) Cependant, dans l'affaire Forrester et la Reine (1977, 33 C.C.C. (2d) 221, le juge Quigley de la cour de première instance de l'Alberta a statué : « Le procureur général a une entière discrétion de choisir comment poursuivre, ce qui, à priori, lui accorde l'entière discrétion de choisir de ne pas poursuivre. Une fois qu'il a choisi de poursuivre, cependant, si une défense est engagée, il peut demander un retrait, que la Cour peut lui accorder et qui peut ou ne peut, dans les faits, constituer un retrait, ou il peut suspendre les procédures en vertu de (maintenant l'article 579) du Code. » (225)

[103] *Archibald, Bruce, précité*, note 44, p. 81.

[104] Nouvelle-Écosse. Public Prosecution Service. Annual Report, 1992-93, Halifax, Nova Scotia Government Printer, p. 67. Cité dans Archibald, Bruce, ibid., p. 82.

[105] Annual Report, 1992-93, p. 67-69. Cité, *ibid.*, note 71.

[106] *Lacey, Nicola, précité*, note 33, p. 373.

[107] *Campbell* c. *Ontario* (A.G.) (1987), 35 C.C.C. (3d) 480 (Ont.C.A.).

[108] *Chartrand* c. *Québec* (min. de la Justice) (1987), 59 C.R. (3d) 388 (Qué. C.A.).

[109] Baumgartner, M. P., « The Myth of Discretion » dans Hawkins, Keith, précité, note 1, p. 129.

[110] *Ibid.*, p. 132-133.

[111] *McLachlin, Madame la juge Beverley, précité*, note 35, 167-168.

[112] *Hawkins, Keith, précité*, note 27, p. 17.

[113] *Hawkins, Keith, précité*, note 10, p. 144. L'auteur écrit : « La prise de décisions en droit est... presque toujours et de différentes façons, non seulement une initiative collective mais, et ce de plus en plus fréquemment, organisationnelle : il est difficile de soutenir l'idée que l'acteur individuel exerce seul le pouvoir discrétionnaire selon les règles et les normes du droit, à l'abri des décisions ou des influences des autres. »

[114] *Ibid.*, p. 146.

[115] *Archibald, Bruce, précité*, note 44, p. 71.

[116] Dans *R.* c. *Catagas* (1977), 38 C.C.C. (2d) 296, le juge en chef Friedman de la Cour d'appel du Manitoba présente comme remarquable l'exercice de cette sorte de discrétion policière. Le juge en chef a statué ((301) : [traduction libre] « Ce n'est pas chaque infraction à la loi, comme chacun le sait, qui résulte en l'introduction de procédures au criminel. Un pouvoir discrétionnaire avisé peut s'exercer contre la mise en marche d'un processus au criminel. Un policier, face à un automobiliste qui a conduit légèrement au-dessus de la limite de vitesse permise, peut choisir de lui donner un avertissement plutôt qu'une contravention. »

[117] Voir *Davis, précité*, note 12, chapitres III-V, « Confining Discretion », « Structuring Discretion », « Checking Discretion ».

[118] *Lacey, Nicola, précité*, note 33, p. 387.

[119] Tel que mentionné ci-dessus à la note 69, l'article 7 de la Charte garantit le droit de chacun « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne... [l'activité gouvernementale ne peut porter] atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » La Cour suprême a interprété ce concept comme donnant aux tribunaux la capacité d'examiner l'activité gouvernementale qui va au-delà d'une évaluation de son équité en matière de procédure. Référence : par. 94(2) de la Motors Vehicle Act (1985), 48 C.R. (3d) 289 (C.S.C.).

[120] Par exemple, Kennedy, Duncan, « Legal Education As Training for Hierarchy » dans The Politics of Law, Kairys, D., dir., New York, Pantheon, 1982.

[121] Je discute de ce phénomène dans « Criminal Law, Women's Equality, and the Charter: An Analysis of the Criminal Code's Self-Induced Intoxication Provisions » dans Banks, Kathleen et Jackson, Margaret, dir., Vancouver, Canada Publishing, 1996.

[122] Green, Ross, précité, note 47.

[123] *R.* c. *Morin* (1996), 104 C.C.C. 346 (Sask. C.A.).

[124] *R.* c. *Catagas, précité*, note 116.

[125] Migratory Birds Convention Act, S.R.C. 1970, c. M-12.

[126] *R. c. Catagas, précité*, note 116, p. 301.

[127] *Ibid.*

[128] *R. c. S.(S.)* (1990), 77 C.R. (3d) 273 (C.S.C.).

[129] *Ibid*, p 290.

[130] Cela éliminerait aussi la question des instituteurs et des personnes qui remplacent les parents, mais, tel que signalé dans l'introducton, cette discussion ne porte que sur la situation parentale.

[131] *Green, Ross, précité*, note 47, établit qu'il s'agit de l'un des plus importants avantages des initiatives des cercles de détermination de la peine, outre leur capacité à prévenir la récidive et l'incarcération des Autochtones.

[132] CANADA. Commission de réforme du droit du Canada. Pour une nouvelle codification du droit pénal, éd. rev., Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987, p. 40.

De Parole : Rapprochement de la culture juridique canadienne et de celle des Mohawks de Kahnawake dans la négociation et l'établissement de l'autodétermination

E. J. Dickson-Gilmore
Faculté de droit
Université Carleton

I. **Introduction** 52

II. **À travers les barricades : situer la « négociation » d'une nouvelle relation entre le Canada et Kahnawake » dans l'histoire récente de Kahnawake** 54

III. **Devine qui vient dîner : Kahnawake, le Québec et le Canada définissent les conditions du débat sur l'autodétermination de Kahnawake** 56

IV. **Le passé pour définir l'avenir : tactiques de politique traditionnelle et construction des accords définissant l'autonomie de Kahnawake** 59

V. **Contestation de l'autonomie et de l'autodétermination : citoyenneté et conflit de droits dans la nation mohawk et entre celle-ci et le Canada** 63

VI. **Faire le ménage chez soi : régler le conflit de droit et passer à une nation mohawk s'autodéterminant à Kahnawake** 71

Notes de fin de document 77

Références 81

I. Introduction

Depuis la première usurpation de droits juridiques et de gouvernement des gouvernements nouveaux venus sur la collectivité mohawk de Kahnawake, les Kahnawakehronon[1] ont résisté à cet effritement de leur autonomie et de leur identité de nation. Même si cette résistance s'est solidifiée dans une gamme d'épicentres avec le temps, l'un des thèmes constants de la lutte réside dans la violation fondamentale de la souveraineté mohawk implicite dans la présence et le pouvoir du droit canadien à Kahnawake, surtout de la *Loi sur les Indiens*[2] fédérale. En tant que « phare » de la compétence juridique canadienne dans la collectivité, la *Loi sur les Indiens* a suscité beaucoup d'ambivalence chez les Kahnawakehronon. Cette ambivalence réside dans le fait suivant : en même temps que les politiques de Kahnawake ont été stimulées, par une forte antipathie locale à l'égard du droit canadien en général et notamment de la *Loi sur les Indiens*, à adopter une position de défi contre ces intrusions de l'État dans les « affaires de Kahnawake », les exigences pratiques imposaient aux meneurs élus d'entériner cette *Loi*, qui est au centre de leur politique de résistance. La dynamique qui en résulte exige que le Conseil de bande Mohawk élu doit faire montre d'activisme et d'opiniâtreté dans son propre nationalisme, tout en veillant à ne pas mordre trop fortement la main qui le nourrit. Cette tension a engendré un discours politique moderne dans lequel le rejet soigneusement mesuré du droit de l'État par le Conseil est devenu un principe décidément global : le Conseil Mohawk a constamment mis de l'avant le concept d'autodétermination comme aboutissant à un territoire de Kahnawake libéré des lois ou de la compétence juridique du Canada, que ce soit la *Loi sur les Indiens*, la *Constitution* ou la *Charte* et leur usurpation des droits des Mohawks.

Les efforts déployés tout récemment par le Conseil vers cette fin se situent dans les négociations bilatérales menées depuis une décennie avec le gouvernement fédéral afin de définir de nouveaux rapports entre Kahnawake et le Canada. En cas de succès, ces pourparlers verront cette collectivité libérée des limites et restrictions imposées par la *Loi sur les Indiens*. Les négociations sont à l'origine d'une certaine controverse à l'intérieur même de Kahnawake, car des siècles de contact et de colonialisme ont alimenté un profond cynisme tant à l'égard du droit canadien que des consultations avec le gouvernement du pays qui établit et impose les lois. Récemment, ce scepticisme s'est répandu au Conseil Mohawk, chargé de négocier les conditions de l'émancipation. Il y a les Kahnawakehronon qui s'inquiètent de ce qu'ils perçoivent comme un manque de transparence entourant les interactions du Conseil avec les représentants du gouvernement extérieur; ils craignent être tenus dans l'ignorance de ce que le Conseil pourrait consentir d'abandonner, car on le perçoit parfois comme coupé de ses commettants. Le cœur du problème est que, même si la majorité (voire la totalité) des Kahnawakehronon manifestent leur ressentiment à l'égard de la présence du droit canadien dans leurs vies, ils savent également que le statu quo à Kahnawake cause beaucoup moins de problèmes que les concessions politiques et idéologiques qui le permettent. Les négociations doivent donc permettre un allégement de ces problèmes politiques de souveraineté et de compétence, sans miner les avantages pratiques importants obtenus

par ces concessions, qualité que les Mohawks sembleraient partager avec certains des nouveaux arrivants dans leur milieu.

Le climat politique délicat entourant le travail de l'équipe des relations intergouvernementales du Conseil (ERI) a sans nul doute été l'un des impératifs importants dans la position de prudence adoptée par le Conseil en ce qui a trait à la divulgation des détails des négociations. Peu a été dit sur le moyen ultime d'élimination de la *Loi sur les Indiens* dans la collectivité, ou du moins que certains accords attendus des négociations seront définis et mis en œuvre dans le même cadre que celui qui, historiquement, a été tenu responsable d'une bonne partie de ce qui ne va pas à Kahnawake, c'est-à-dire la loi canadienne. Voilà donc pourquoi le Conseil se retrouve dans la situation difficile de faire admettre à la collectivité que sa présence à la table de négociations vise à éliminer les lois et la compétence du Canada à Kahnawake, tout en travaillant avec les gouvernements extérieurs pour préparer des mesures législatives canadiennes qui définiront l'élimination de ce carcan. Dans la mesure où l'autodétermination de Kahnawake exigera une validation juridique qui s'appellera sans doute la Loi sur les relations intergouvernementales Canada-Kahnawake (LRICK), il semble probable que l'affranchissement total de la loi canadienne prévu par au moins une partie des Mohawks ne soit pas à l'horizon[3]. Que cette loi envisagée doive en outre déterminer l'« application ou non-application de la *Loi sur les Indiens* »[4] exacerbera probablement la controverse actuelle sur les nouveaux rapports à l'intérieur de Kahnawake.

Toute une gamme de questions découlent des discussions sur une nouvelle relation entre le Canada et Kahnawake. Nous n'aborderons ici que deux catégories générales de ces questions. Tout d'abord, il est essentiel que la « loi », en tant que l'un des premiers moyens de définir les conditions de l'affranchissement des Mohawks, soit posée en problème tant sous le plan de la culture et des traditions iroquoises qui lui sont étrangères, qu'à titre de patrimoine historique qu'elle recèle pour la plupart des Premières nations du Canada. Quelle est la nature des obstacles à surmonter pour convaincre la collectivité sceptique et profondément nationaliste de Kahnawake que la loi, chose étrangère à la culture traditionnelle mohawk et historiquement axée vers la démolition de cette culture, peut être une force potentiellement bénéfique dans la collectivité? En second lieu, compte tenu des différences actuelles et historiques entre ces cultures et leurs formes de législation et de réglementation, de quelle façon cette loi prévoit-elle l'existence de lois internes à Kahnawake et qui, même si elles ne vont pas à l'encontre de la loi parapluie constituante de Kahnawake, sera radicalement en conflit avec les autres lois canadiennes? Voici une brève étude de cas des défis qu'il y a à définir participation et citoyenneté à l'intérieur de Kahnawake, et qui servira à faire ressortir l'étonnante complexité qu'il y a à négocier un retour au gouvernement traditionnel plus de trois siècles après les premiers contacts.

II. À travers les barricades : situer la « négociation » d'une nouvelle relation entre le Canada et Kahnawake » dans l'histoire récente de Kahnawake

Il existe une pointe d'ironie dans nombre d'éléments du passé de Kahnawake, les efforts les plus récents du Conseil Mohawk pour redéfinir et améliorer ses rapports avec le Canada trouvent leurs origines dans une barricade érigée pour séparer Kahnawake et le Canada. Cette barricade était le résultat d'une désaccord de longue date entre Kahnawake et le Canada sur l'interprétation active des Mohawks de leurs droits en vertu du *Traité de Jay* d'importer et de vendre des cigarettes de contrebande et l'incertitude apparente du gouvernement canadien sur la façon de réagir à cette activité. Les Mohawks les plus étroitement associés à ce commerce sembleraient avoir reconnu depuis longtemps que ce désaccord recelait les amorces d'un véritable conflit ouvert et ont soigneusement manœuvré afin d'éviter que cette éventualité ne se concrétise. En janvier 1988, les meneurs du groupe traditionnel le plus important (« Longue maison »[5]) dans la collectivité ont demandé aux gouvernements du Québec et du Canada d'amorcer des pourparlers concernant les droits transfrontaliers des Mohawks. Il semblerait que le gouvernement fédéral ait refusé de participer aux pourparlers, probablement autant du fait qu'il ne voulait pas paraître miner l'autorité du Conseil Mohawk en tant que gouvernement local légitime de la collectivité que d'une certaine ambivalence sur sa position concernant ce commerce. Le Québec a accepté de négocier et ses représentants ont vraiment essayé d'en venir à un accord avec la Longue maison concernant la contrebande, lorsque le gouvernement fédéral a mis en pratique « la première réaction véritable du Canada » au commerce de la cigarette : un raid dans lequel 200 constables de la GRC ont pris d'assaut les frontières de Kahnawake et perquisitionné dans quatre boutiques de cigarettes[6]. C'était un acte à la fois violent et visant à intimider et, par la suite, dix-sept personnes ont été arrêtées ou détenues, une matrone du clan avait été agressée et les cigarettes, l'argent et les dossiers d'affaires ont été saisis en permanence en vertu de la *Loi sur les douanes* du Canada.

Si le gouvernement fédéral avait espéré par cette action saper le commerce ou l'activisme des Mohawks qui le renforçait, il devait être amèrement déçu. Au lieu de se retirer du commerce et de la lutte, les gens de Kahnawake ont répliqué au raid en barricadant toutes les routes d'entrée et de traverse de la collectivité afin de *défendre leur territoire et leur compétence*[7]. Les barricades sont demeurées en place pendant 29 heures, établissant à un échelon nouveau et tendu les relations Canada-Kahnawake qui, comme le faisait remarquer un commentateur mohawk, recelaient « tous les signes d'une tragédie future »[8].

Erreur grossière, le gouvernement fédéral a réussi à intensifier les lignes de conflit internes et externes Canada-Kahnawake par rapport à la souveraineté, aux droits et à la compétence des Mohawks. Dans Kahnawake, le raid est devenu un motif commun unissant les groupes habituellement en désaccord dans la plupart des questions politiques, le Conseil Mohawk et la Longue maison et, en même temps, a considérablement amplifié la distance entre l'élite politique de Kahnawake et l'État canadien. Même si cette alliance n'a pas été durable, elle a clairement révélé que, même si les Mohawks peuvent être en

désaccord entre eux sur les moyens d'atteindre leur objectif commun de retour à l'autodétermination et à leurs modes traditionnels mohawks, ils étaient quand même assez d'accord dans leur décision : aucun gouvernement extérieur ne pouvait leur dicter des conditions ou limites à cet égard.

Le raid et les événements à son origine ont tout aussi efficacement fait ressortir les divisions politiques à l'extérieur des frontières de Kahnawake, mettant en relief l'un des plus grands défis à la négociation de l'autonomie mohawk, à savoir l'incapacité du Canada et du Québec de parvenir à une certaine mesure de collaboration pratique dans leurs relations avec les Premières nations. Tout comme la plupart des collectivités autochtones au Canada, les Mohawks de Kahnawake n'ont pas été laissés de côté, mais se sont retrouvés pris au milieu de la querelle fédérale-provinciale sur la répartition précise des droits et responsabilités à « l'égard des Indiens ». Dans le cas des Premières nations situées dans la province de Québec, cette dynamique était et demeure d'autant plus problématique du fait de la lutte constante du Québec pour définir sa propre indépendance et sa propre autodétermination, et de ce qui semblerait la tendance générale du gouvernement fédéral de résister à toute mesure qui pourrait encore alimenter cette lutte sur le plan politique. Dans la mesure où l'appui du fédéral aux premières nations du Québec peut facilement être assimilé à un travail de sape visant le mouvement du Québec vers une plus grande autodétermination, les Premières nations de la province doivent non seulement relever le défi de réunir les gouvernements extérieurs aux intérêts disparates pour négocier les droits des Autochtones, mais aussi surmonter le degré tout particulier d'hostilité entre Ottawa et Québec. Pour une bonne part, cette inimitié tourne autour du rejet par le Québec de la Constitution canadienne, dont les conditions sont si essentielles aux débats sur l'autodétermination des autochtones que cela ajoute à la complexité de la lutte.

Toutefois, contrairement à ces autres nations autochtones, les Mohawks de Kahnawake notamment bénéficient d'un avantage distinct. En définitive, c'est la nation qui, pendant une bonne partie de l'histoire coloniale de l'est de l'Amérique du Nord, détenait la balance du pouvoir entre l'économie française et la britannique, simplement en manœuvrant pour amplifier l'effet manifestement opposé des deux pouvoirs dans le sens d'un moyen-terme très favorable pour la nation mohawk. Malgré la chute de la Nouvelle France en tant que pouvoir politique central au Canada, en 1760, la présence française et britannique, maintenant canadienne, reste un facteur essentiel dans la définition des éléments de la politique canadienne et demeure donc vulnérable aux mêmes types de stratégies politiques traditionnellement appliquées par les Iroquois. Tout comme les événements qui se sont déroulés à la suite du raid semblent le démontrer, c'était vers cette stratégie traditionnelle que les meneurs de Kahnawake allaient se tourner pour surmonter la concurrence et les conflits politiques externes et amorcer des discussions séparées avec les gouvernements extérieurs et, simultanément, pour servir la fin qu'est l'autonomie de Kahnawake. Comment cela s'est-il produit et quels sont les facteurs qui ont rendu cette stratégie possible sont des points auxquels nous reviendrons sous peu.

Le Conseil Mohawk a réagi promptement à la belligérance du Canada, condamnant le raid et le transformant, de même que le litige sur la contrebande dont il était à l'origine, en questions découlant directement de la non-volonté des gouvernements canadiens à respecter Kahnawake en tant que nation souveraine. De cette manière, le Conseil liait

directement le conflit au problème de l'autodétermination, ouvrant ainsi au gouvernement fédéral la possibilité de transformer une situation politique très défavorable en un changement potentiellement positif dans le sens de sa « politique indienne » en ce qui a trait à Kahnawake :

> La question qui entoure cet incident est la souveraineté, la compétence et l'intégrité territoriale des gens du peuple mohawk de Kahnawake. Le gouvernement fédéral doit accepter des pourparlers de niveau politique pour régler les relations entre le fédéral et les Mohawks de Kahnawake dans le domaine de la compétence, de notre souveraineté et de notre intégrité territoriale. Il faut clarifier nos relations avec le gouvernement fédéral[9].
> [traduction]

Ce qui était au départ un moyen d'affirmer le droit et la compétence du Canada à Kahnawake est devenu une tribune pour négocier le retrait d'au moins certains aspects de la loi et de la compétence, ainsi qu'une occasion d'ouvrir le débat et de préciser les conditions de la politique fédérale (promise depuis longtemps) d'autonomie gouvernementale autochtone.

III. Devine qui vient dîner : Kahnawake, le Québec et le Canada définissent les conditions du débat sur l'autodétermination de Kahnawake

Motivé dans une certaine mesure par les retombées défavorables du raid, ainsi que par son échec fondamental à mettre un terme à la contrebande ou à affaiblir l'activisme mohawk, le gouvernement fédéral a accepté d'amorcer des pourparlers avec Kahnawake sur la question de l'avenir de cette collectivité et, plus précisément, les rapports entre le droit et la compétence du Canada et cet avenir. Inévitablement, ces pourparlers ont tourné autour de la question détestée de la *Loi sur les Indiens*, le moyen de son retrait de Kahnawake et ce qui pourrait combler les lacunes politiques et administratives dans l'édifice politique de Kahnawake après la *Loi sur les Indiens*.

La perception du processus de la part des Mohawks a pris une forme officielle en décembre 1988, dans un document du Conseil Mohawk intitulé « A Framework Proposal for Negotiations Between Canada and the Mohawk Council of Kahnawake (on Behalf of the Mohawks of Kahnawake) » (proposition cadre de négociation entre le Canada et le Conseil Mohawk de Kahnawake au nom des Mohawks de Kahnawake)[10]. Dans ce document, le Conseil préconisait la reconnaissance d'une mesure importante d'autonomie de Kahnawake dans une gamme de questions de gouvernement local qui toutes, seraient protégées dans le cadre d'une loi parapluie, la LRICK ou Loi sur les relations intergouvernementales Canada-Kahnawake. À cette loi, on définirait les conditions du retrait de la *Loi sur les Indiens* et on garantirait le maintien des rapports entre le Canada et Kahnawake dans une gamme de domaines subdivisés dans ce cadre en quatre catégories,

notamment :"cadre transitoire du gouvernement mohawk à Kahnawake, justice, ententes financières et gestion et contrôle des terres[11]. Sous la première de ces rubriques se retrouvaient nombre de pouvoirs importants dont certains constituaient déjà des domaines importants d'activité et d'autorité du Conseil Mohawk, notamment :

- pouvoir et autorité juridique et structure du gouvernement mohawk;
- procédures électorales;
- devoirs et pouvoirs du gouvernement mohawk;
- procédures et lignes directrices du gouvernement mohawk, notamment responsabilisation envers la population;
- fonctions et responsabilités des institutions mohawks;
- dispositions d'amendement;
- nature du gouvernement traditionnel et procédures de mise en œuvre;
- adhésion/citoyenneté[12].

Ces pouvoirs dans le secteur de la justice comprenaient l'objectif que « le Canada reconnaisse par voie de loi la capacité juridique du gouvernement mohawk à légiférer, à trancher et à appliquer les lois pour la collectivité et le territoire des Mohawks de Kahnawake »[13]. Il devait en outre y avoir étude et négociation de la responsabilité permanente du Canada envers les Mohawks de Kahnawake dans le cadre de modalités financières reconnues, de même que sur la clarification de la question historiquement problématique du territoire de plus en plus inadéquat de Kahnawake. Enfin, il faudrait par négociation régler une gamme d'autres questions, par exemple fiscalité, services sociaux et droit de la famille[14]. Le Conseil déclarait sans ambiguïté les objectifs de ces négociations :

> L'objectif des Mohawks de Kahnawake est de rétablir le gouvernement mohawk traditionnel sur le territoire de Kahnawake. Les principes du gouvernement traditionnel garantissent à la fois les droits collectifs et individuels et un système matriarcal d'élection de représentants politiques[15].
> [traduction]

Le gouvernement fédéral s'est montré ouvert à ces conditions et on a continué à avancer vers un accord sur un calendrier et un mécanisme officiels de négociation de nouvelles relations entre Kahnawake et le Canada. Il est par contre devenu rapidement apparent que la participation du Québec serait essentielle aux négociations, particulièrement puisque certains des points soulevés dans le document du Conseil pourraient toucher des domaines de compétence provinciale (p. ex. dans les aspects de justice énoncés par les Mohawks). Ainsi arrivait l'éternelle tierce partie dans la politique autochtone au Canada et émergeait l'un des plus vieux défis de la politique indienne canadienne : obtenir la participation valable de toutes les parties, soit les Premières nations, le Canada et la province, dans les négociations tripartites.

Bientôt, les événements obligeaient à repousser les discussions sur les nouveaux rapports à un second plan plus lointain, car le conflit sur l'aménagement d'un terrain de golf sur les terres traditionnelles mohawks de Kahnawake commençait à s'envenimer, aboutissant ultimement à la crise d'Oka en 1990. La crise a été longue et violente et, en fait, a mis un terme à presque tous les rapports qui lui étaient étrangers avec les

gouvernements du Canada et du Québec. Même si le cul-de-sac dû à cette crise a ralenti les progrès des efforts du Conseil pour parvenir à une entente sur les paramètres des pourparlers souhaités avec le Canada, le gouvernement fédéral est revenu relativement vite à la table après la crise. Son enthousiasme était sans nul doute lié à l'activisme croissant dans les collectivités mohawks et à une tendance concomitante vers une volonté accrue de prévenir la violence plus manifeste des barricades et des armes. La crise d'Oka était un désastre sur le plan des relations internationales canadiennes et a certainement valu au gouvernement Mulroney plus que sa part de mauvaise presse locale; en définitive, le Canada avait une réputation d'équité et de tolérance qui a été très mal servie en envoyant les policiers et l'artillerie lourde contre des Autochtones protégeant un site funéraire et terrain cérémonial traditionnel de l'aménagement d'un site récréatif. Le coût politique d'Oka a été amplifié, ce qui fait que pour nombre d'autochtones du Canada, la crise était un cri de ralliement et une source de fierté. Hors de tout doute, il fallait éviter d'autres Oka. Une des façons d'y parvenir serait de travailler de concert avec les Mohawks plutôt que contre eux, dans leurs efforts vers l'autonomie. En définitive, Kahnawake, en termes relatifs, est prospère et bien organisée et avait déjà amorcé un mécanisme pour modifier ses rapports officiels avec le gouvernement fédéral; si une collectivité pouvait prendre son envol sans le filet protecteur de la *Loi sur les Indiens*, ce serait Kahnawake. Moins d'un an après la fin de la crise, le Conseil Mohawk et le gouvernement du Canada avaient défini, ratifié et déposé un accord sur le calendrier et le mécanisme de négociation de nouvelles relations entre les Mohawks de Kahnawake et le Canada.

Faire en sorte que le Québec vienne à la table de négociations à la suite de 1990 a été beaucoup plus difficile. Après la crise de 1990 dans sa version de Kahnawake, la collectivité avait convenu que, dans l'intérêt de la sécurité publique, les « guerriers » occuperaient une série de points de contrôle frontaliers sur les autoroutes menant à Kahnawake. L'un des aspects importants de cette politique de points de contrôle était de veiller à ce que les forces policières extérieures demeurent hors des limites de Kahnawake. Ces points de contrôle (ou peut-être plus précisément le symbole du rejet du droit du Québec de faire la police à Kahnawake, ce que signifiait ces points de contrôle), devient un des points centraux de la position de la province dans ses pourparlers avec la collectivité. De 1990 à 1995, la position officielle du gouvernement du Québec est qu'il n'y aurait pas de pourparlers avec Kahnawake avant qu'il y ait entente sur les services de police à la collectivité et élimination des points de contrôle.

Le Conseil Mohawk n'était que trop heureux de régler la question et de faire la police sur son propre territoire; faire admettre ce point à la province a été plus difficile. Selon un observateur, à trois occasions, le Parti Québécois a accepté les conditions d'un accord, pour reculer et rejeter par la suite le règlement obtenu. Malgré ces reculs, la province et le Conseil Mohawk ont pu conclure en 1995 un accord fondé sur la reconnaissance institutionnelle, par le Québec, des gardiens de la paix (Peacekeepers) de Kahnawake et le droit à la capacité de cette institution d'assurer le service de police à Kahnawake. Après l'approbation du Québec, l'accord a été reconnu par le fédéral presque immédiatement puisque, selon un conseiller mohawk et membre de l'équipe LRI, la position du fédéral est qu'il conviendrait simplement de reconnaître l'accord s'il l'était par le Québec[16]. La mise en place de l'Accord sur la police a ouvert la porte aux discussions avec le Québec sur une gamme de questions et, le 15 octobre 1998, Kahnawake et Québec

annonçaient l'amorce officielle d'une série de pourparlers très globaux, dans le cadre de la ratification d'une déclaration de compréhension et de respect mutuels. Le Québec allait s'asseoir à la table.

Plus précisément, peut-être, le Québec venait s'asseoir à une table, mais une autre que celle à laquelle se trouvait déjà le gouvernement fédéral, en pourparlers avec les représentants de Kahnawake. Cette nouvelle disposition était le signe de l'amorce de pourparlers bilatéraux simultanés, victoire politique considérable permettant à nombre des parties hautement motivées de toutes factions de surmonter l'impasse politique découlant d'une impossibilité d'imposer des pourparlers trilatéraux. S'il était impossible de procéder de façon trilatérale ou tripartite, les parties se lanceraient simplement dans deux négociations bilatérales distinctes dont les résultats porteraient sur tous les domaines pertinents de compétence et, combinés, préciseraient entièrement les conditions de l'autonomie de Kahnawake. Les représentants du Conseil Mohawk discuteraient avec le Canada et le Québec séparément, agissant comme leur propre intermédiaire politique. La voie vers une ou deux ententes sur de nouvelles relations entre Kahnawake et les gouvernements concernant ses frontières était claire : deux ensembles de négociations aboutiraient à une série d'accords qui, ensemble, retiraient Kahnawake du régime de la *Loi sur les Indiens* du Canada et lui obtiendraient une série de compétences et responsabilités provinciales complémentaires et nécessaires.

IV. Le passé pour définir l'avenir : tactiques de politique traditionnelle et construction des accords définissant l'autonomie de Kahnawake

Depuis, la tactique s'est avérée très efficace, car les accords semblent sur le point d'aboutir si ce n'est déjà fait avec le fédéral et la province. Ces derniers ont été les premiers à être annoncés et la réaction qu'ils ont provoquée est un indice des défis que doit relever le Conseil Mohawk pour faire admettre au public de Kahnawake les ententes avec les gouvernements extérieurs. Comme nous le verrons, cette difficulté de reconnaissance vient au moins en partie du nationalisme exceptionnel des Mohawks et de leur méfiance envers les gouvernements extérieurs et leurs lois, scepticisme qui désormais semble avoir envahi l'esprit de certains Kahnawakehronon envers les gouvernements extérieurs et maintenant envers le leur.

Les pourparlers qui ont suivi la déclaration de compréhension et de respect mutuels Kahnawake-Québec de 1998 ont abouti à la signature, le 30 mars 1999, d'une série d'accords avec le gouvernement provincial sur toute une gamme de questions, notamment la police et la justice, les routes et la fiscalité[17]. Pris ensemble, ces accords offrent un élargissement considérable de la compétence actuelle de Kahnawake, un pas important dans le sens de l'autodétermination. Ainsi, dans le domaine de la police et de la justice, les accords de police précédents étaient répartis entre le fédéral et le provincial, chacun ayant ratifié un accord distinct avec le Conseil Mohawk. De plus, l'actuel tribunal de la *Loi sur les*

Indiens à Kahnawake, créé en vertu de l'article 107 de la *Loi* et dirigé par un juge de paix aux pouvoirs limités, a été modifié par l'élargissement de sa compétence actuelle, lui facilitant le traitement de toute une gamme de questions traitées antérieurement à l'extérieur de Kahnawake dans les tribunaux de la collectivité voisine de Longueuil. Même si le Tribunal de Kahnawake avait depuis longtemps élargi l'empire de sa compétence en vertu de la *Loi sur les Indiens*, ces actions étaient des décisions essentiellement extrajuridiques, prises toujours avec risque. La reconnaissance d'une compétence supérieure constitue non seulement la reconnaissance du travail et des succès antérieurs du Tribunal, mais accorde un soutien et un respect officiels à ces activités, ce qui antérieurement faisait défaut.

Dans un enrichissement analogue des pouvoirs juridiques, le Québec vient d'accepter de reconnaître le droit du Conseil Mohawk d'émettre des avis de décès et de naissance et les documents de mariage, droit important et qui est étroitement lié au contrôle de Kahnawake sur sa citoyenneté dans une collectivité mohawk autonome. De plus, Kahnawake a obtenu le respect dans sa lutte pour offrir librement et appuyer les manifestations génératrices de recettes comme les « combats extrêmes », qui ont été à l'origine de frictions non négligeables avec les autorités extérieures par le passé. Même si cela, de l'avis de certains, peut sembler des concessions mineures, elles sont en fait assez importantes dans la mesure où l'intrusion extérieure qui prévalait auparavant dans ces questions témoigne du degré de manque de respect et de liberté qui caractérisait auparavant les relations du Québec avec Kahnawake; les accords reconnaissent le droit des Mohawks d'être à l'abri de ces contrôles, nouveauté importante et longtemps attendue.

C'est dans le secteur de la fiscalité que l'on trouve les aspects les plus controversés des accords. Les accords de taxation portent sur deux questions qui, historiquement, étaient fortement litigieuses pour les deux parties aux accords. Pour les Mohawks, la promesse contenue dans l'accord d'une « carte magnétique » garantissant le respect de leur droit d'être exonérés de la taxe de vente provinciale sur les achats hors réserve est bien accueillie par nombre de Kahnawakehronon. Même si une bonne partie de leur magasinage peut s'effectuer dans le territoire de Kahnawake et, par conséquent, sans les luttes interminables avec les vendeurs, la direction des magasins et les entreprises qui ignorent les droits des autochtones en matière de taxe, il n'est pas rare que les achats hors réserve soient accompagnés de discussions inutiles avec le personnel des magasins à propos des avantages fiscaux et qui, habituellement, aboutissent soit à un refus de ce droit par le magasin ou par des demandes de suivre un processus compliqué de demande de remboursement qui ne semble pas en valoir la peine. Pour certains Mohawks, le simple fait d'être libres de ces irritants de la vie quotidienne font que les aspects plus délicats des accords en valent la peine; ceci posé, les accords provinciaux n'influeront pas sur des luttes analogues en ce qui a trait à la taxe de vente fédérale, car il faut attendre un accord avec le palier de gouvernement supérieur.

L'un des aspects les plus troublants des accords réside dans la question de « parité » qui est un volet important des aspects fiscaux des accords sur les produits pétroliers et sur le tabac et l'alcool. Il est prévu à ce dernier que le Conseil Mohawk créera un pouvoir central à l'intérieur d'un cadre réglementaire, pour la fourniture et la vente du tabac, du combustible et de l'alcool, veillant essentiellement à ce que les non-Mohawks qui

achètent ces produits paient les taxes applicables. Il est manifeste que cela offre la possibilité réelle de gâcher l'avantage concurrentiel des gens d'affaires de Kahnawake qui attirent une clientèle de l'extérieur à la recherche des prix plus bas dus au moins en partie à des taxes moins élevées. Il n'est donc pas étonnant que certains membres des milieux d'affaires de Kahnawake aient manifesté leurs graves inquiétudes à propos des accords et préconisé plus d'éclaircissements et de consultations avant que ces accords deviennent loi au Québec.

Par contre, ce ne sont pas seulement les gens d'affaires de Kahnawake qui ont des réserves à propos des accords. Évoquant l'absence de « consultation adéquate et de confirmation par le peuple » des 10 accords ponctuels peu après leur ratification, des Kahnawakehronon activistes se sont rendus à Ottawa pour demander l'aide du ministre des Affaires indiennes et du Nord ainsi que des partis fédéraux d'opposition afin de faire déclarer nuls et non avenus ces accords[18]. Dans nombre de réunions, officieuses et officielles, les Kahnawakehronon se sont dits préoccupés du manque d'information tant à propos des accords que sur ce qu'ils pourraient signifier après la finalisation des détails[19]. Dans un éditorial publié dans un journal local, *The Eastern Door*, le malaise au cœur de nombre de Kahnawakehronon dans leurs réactions aux accords avec la province se résume dans une déclaration qui reflète fidèlement la réaction de la collectivité aux gouvernements extérieurs en général : « Pourquoi la province conclut-elle ces accords[20]? » Pour nombre de gens de Kahnawake, c'est une question qui, jusqu'à maintenant, demeure sans réponse.

En même temps que Kahnawake s'inquiétait et manifestait son scepticisme sur certains aspects des accords, le gouvernement fédéral exprimait également son incertitude. Même si l'on n'a pu encore dégager de réponses plus détaillées, il vaut la peine de signaler que, presque immédiatement après la publication de certains détails des accords fiscaux, le ministère fédéral des Finances a exprimé de fortes réserves sur divers aspects des ententes, mentionnant que certains pourraient être illégaux[21].

Sûr de son mandat et de la logique des accords, le Conseil Mohawk et le gouvernement du Québec ont exercé des pressions. L'une des dernières mesures avant la clôture des travaux à la session du printemps de l'Assemblée nationale du Québec est le dépôt du projet de loi 66, loi de mise en œuvre des accords avec la nation mohawk. Même si le projet de loi aurait pu être adopté à ce moment (le 14 juin), il a été retenu jusqu'à la session d'automne pour permettre un débat complet plus tard au cours de l'année[22]. La réaction de la collectivité aux accords et le fait que nous venons de mentionner se reflètent fidèlement dans l'éditorial accompagnant les analyses locales du projet de loi 66 dans le journal de Kahnawake, le *Eastern Door*. Rappelant la position publique et officielle du Québec qui « reconnaît » 11 Premières nations au Québec, l'éditorialiste mentionne que les accords conclus avec la province ne rendent pas compte des « droits territoriaux, de la souveraineté et d'autres manifestations importantes de l'autodétermination » :

> Le projet de loi 66 ne reconnaît pas notre droit de contrôler les activités de notre collectivité, mais permet seulement certaines activités qui ont été négociées et acceptées par le Québec. Sans accord, pas de contrôle. Cette relation n'est pas

> encore une véritable relation de nation à nation. Notre avis de l'état de nation diffère de celui maintenu par le Québec. Nous croyons être un peuple souverain, nanti de tous les droits d'autodétermination qu'ont les autres peuples. Ni plus ni moins... Le projet de loi 66 n'atteint pas ce niveau... Laissons la nation mohawk définir ses propres relations, ne laissons pas la province la définir par voie de mesure législative[23].
> [traduction]

Même si le Conseil Mohawk et nombre d'observateurs de l'extérieur ne partagent peut-être pas cette perception de la nation mohawk, ouvrant la porte à une vision politique plus pragmatique, la position exprimée par le rédacteur est très étroitement tirée du tissu politique et de l'identité culturelle de Kahnawake. C'est également le discours que tient le Conseil dans d'autres contextes et à propos d'autres questions, discours adopté pour servir ses propres fins politiques. Que ce discours puisse se retourner contre le Conseil est, présume-t-on, simplement l'autre fil très fin de la lame à double tranchant de la politique et du discours politique des Mohawks. C'est également un langage et une perception dont le Conseil aura de la difficulté à se débarrasser s'il espère obtenir l'acceptation des accords par la collectivité et, avec cela, la concrétisation de sa perception plus pragmatique de l'autodétermination.

Moins de deux mois après l'annonce des accords provinciaux, les gens de Kahnawake apprenaient que le Conseil approchait rapidement de l'aboutissement de ses pourparlers avec le gouvernement fédéral. Le projet d'accord parapluie arrêté le 10 mai 1999 sera à la base de la LRICK qui, si elle est adoptée, confirmera une forme de gouvernement de Kahnawake définie dans une « charte de Kahnawake » non encore arrêtée. Cette dernière a également été rédigée provisoirement le 10 mai 1999, mais n'a pas encore été rendue publique à Kahnawake. Selon les termes à définir à la Charte, le gouvernement d'un Kahnawake d'après la *Loi sur les Indiens* sera à la fois démocratique et responsable, fondé sur « les principes du gouvernement mohawk à Kahnawake d'après la coutume, les traditions et les lois traditionnelles de la Confédération iroquoise »[24].

Même s'il a été parachevé il y a près de quatre mois, au moment où nous écrivons ces lignes, le projet d'accord parapluie n'a pas encore été rendu public au Canada et n'a été diffusé et publié que dans une mesure limitée à Kahnawake, où quelques réunions publiques ont été organisées pour débattre du document et les Kahnawakehronon intéressés, semble-t-il, n'ont été invités à le consulter qu'aux bureaux du Conseil pendant une période limitée. Puisque le public de Kahnawake n'a eu qu'un accès limité à l'information sur l'accord provisoire, nous ne pouvons trop en divulguer le contenu ici.

L'objet de la LRICK envisagée au projet d'accord parapluie est, comme nous l'avons mentionné précédemment, d'établir une nouvelle relation entre Kahnawake et le Canada, dans laquelle Kahnawake exercerait sa compétence sur des questions convenues par les parties et, lorsque la question est régie par la *Loi sur les Indiens*, les dispositions correspondantes de la Loi sont abrogées[25]... » Superficiellement, cela semble simple et l'accord parapluie porte sur une gamme de pouvoirs qui, finalement, seraient confiés à Kahnawake. Dans la catégorie du gouvernement, on doit adopter les dispositions dans une « charte de Kahnawake » pour certaines questions comme le choix de leadership, une

forme démocratique de gouvernement, la responsabilité du gouvernement mohawk de Kahnawake envers ses membres, les règles sur les conflits d'intérêts et le respect et la définition des principes du gouvernement mohawk à Kahnawake fondés sur la coutume, les traditions et les lois traditionnelles de la Confédération iroquoise, notamment[26]. Ce gouvernement néo-traditionnel doit agir dans le cadre d'une vaste compétence couvrant 28 points allant du contrôle sur l'administration et le fonctionnement du gouvernement, la police et l'administration de la justice, les eaux et l'environnement, la fiscalité, l'appartenance et les services sociaux, l'éducation, les logements, les jeux et les sports ainsi que les loisirs[27]. Pour la plupart, ces 28 domaines de compétence seront introduits au fil du temps, parallèlement à l'abrogation des articles de la *Loi sur les Indiens* incompatibles avec les divers éléments de ces compétences. À la LRICK, on envisage en outre diverses ententes secondaires qui, non seulement préciseront les aspects individuels de la compétence et des pouvoirs de Kahnawake, mais exprimeront un ensemble de règles spécifiques pour régler les conflits entre lois[28].

Comme nous l'avons mentionné, même si la divulgation limitée de l'accord parapluie et les paramètres des présentes ne permettent pas une analyse détaillée de l'ensemble de l'accord mentionné, il existe deux thèmes importants pour le projet d'accord parapluie et la LRICK prévus et qui méritent d'être mentionnés. Le premier est la primauté de la « tradition » et la « transition au gouvernement traditionnel » dont Kahnawake a fait la grande priorité de son Conseil il y a près de deux décennies. Le projet d'accord parapluie renforce constamment ces priorités et pourtant, peu d'éléments du document font mention de la « tradition » ou en rappellent les formes ou fonctions en tant que cela pourrait insuffler vie à un Kahnawake postérieur à la *Loi sur les Indiens*. Ce thème est étroitement lié au second, c'est-à-dire la possibilité de conflits (et de leur règlement) entre la loi « traditionnelle » de Kahnawake et les lois canadiennes. Nous voyons là, tant comme problème central d'un Kahnawake autonome que comme obstacle potentiel à la concrétisation de la LRICK, le problème troublant de la citoyenneté et de l'appartenance à Kahnawake. C'est dans cet exemple que nous voyons ressortir les défis d'un retour à la tradition dans le monde moderne complexe, de même que les difficultés d'harmoniser ces « traditions » avec les lois et traditions des sociétés voisines qui interagissent avec les Mohawks modernes.

V. Contestation de l'autonomie et de l'autodétermination : citoyenneté et conflit de droits dans la nation mohawk et entre celle-ci et le Canada

Historiquement, la manière la plus directe d'obtenir la citoyenneté dans la nation mohawk, ou dans toute nation, du reste, était d'être né là et de Mohawks. Il était aussi possible d'obtenir une certaine forme d'affiliation officielle par mariage, dans la mesure où cela comportait l'adhésion à un clan, condition indispensable pour obtenir le statut des droits dans la culture iroquoise. On peut aussi obtenir la citoyenneté par adoption, le plus souvent dans le contexte de la guerre. Il était courant chez les Iroquois que les captifs

capturés pendant la guerre soient adoptés par les réseaux de clans pour remplacer les hommes perdus dans la bataille et maintenir la puissance de guerre de la nation. Après avoir été adopté, l'individu perdait toute trace de son ancienne identité, la remplaçant par le nom, le rôle, la réputation et le statut de la personne décédée qu'il remplaçait (l'échange était habituellement relativement volontaire, compte tenu que l'autre choix était souvent une mort peu enviable par torture rituelle). Il n'existe absolument aucun indice que ces adoptions étaient de quelque façon jugées temporaires en principe ou en pratique : dans les approches traditionnelles à l'adoption, les adoptés était des citoyens permanents, possédant pleinement les droits conférés par l'appartenance au clan et à la collectivité[29].

Quand la question de l'adoption a été soulevée dans le Kahnawake moderne, il est évident qu'il y a eu un changement de pensée radical, sinon peut-être non toujours conscient, des politiques traditionnelles à cet égard. Depuis deux décennies, la sagesse populaire à Kahnawake a révisé le statut des adoptés : ceux-ci perdent leur statut à l'âge de 21 ans, une politique officieuse qui, de nos jours, est reliée aux lois d'adhésion à la collectivité, selon lesquelles la perte du statut à 21 ans est liée à l'incapacité de l'adopté de faire preuve d'un lien de sang avec la collectivité. Conformément au code coutumier actuel de Kahnawake concernant l'appartenance, ceux qui n'ont pas suffisamment de « sang mohawk », avec pour preuve un lien biologique indiscutable à des ancêtres mohawks, n'ont aucun loisir d'être à Kahnawake et on leur demandera de partir[30]. L'adoption, qui était autrefois un élément permanent et intégral de la société mohawk et iroquoise et de leur culture, a, en tant que « tradition moderne » enchâssée dans un « code coutumier », fini par devenir beaucoup moins que cela, bien loin de ce qui semble avoir été la tradition initiale. Cette « néo-tradition » a des conséquences très réelles pour les Mohawks adoptés, qui voient dans ces mêmes traditions qu'ils embrassent et qui définissent une si grande partie de leurs vies et de leur culture le moyen de justifier leur exclusion de Kahnawake.

Manifestement, la position moderne de Kahnawake en matière d'appartenance a légèrement dérivé de ce qui existait historiquement chez leurs progéniteurs mohawks et iroquois; elle diffère également considérablement des politiques d'appartenance du MAIN qui se sont appliquées à Kahnawake pour la plus grande partie de son histoire récente. Même si des préoccupations concernant des « non-Mohawks » résidant à Kahnawake sont constamment manifestes depuis une bonne partie des 300 ans d'histoire de la collectivité « en amont des rapides », ce n'est que dans les années 1980 que la collectivité s'est efforcée de contrôler la présence d'étrangers en son sein en exerçant un contrôle sur la définition de ceux qui étaient siens[31]. Le catalyseur de cette initiative était que la collectivité a pris conscience que le ministère des Affaires indiennes envisageait des modifications à la *Loi sur les Indiens* sur la question du statut d'Indien et de l'appartenance à la bande.

La position nouvelle du ministère sur le statut et les droits à Kahnawake est née dans le cadre de sa réaction globale à la réprobation internationale infligée au gouvernement fédéral par le Tribunal des droits de la personne des Nations Unies dans l'arrêt Lovelace. Dans cette affaire, l'image du Canada en tant que promoteur des droits de la personne a reçu une gifle spectaculaire, le gouvernement fédéral prenant le blâme pour discrimination flagrante fondée sur le sexe et implicite à l'article 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens*. En vertu de cet article, les femmes autochtones qui décidaient d'épouser un non-Autochtone perdaient leur statut d'Indien et tous les droits afférents, comme tout enfant

de cette union. L'inverse n'était pas vrai pour les hommes autochtones épousant une non-Autochtone, car cette dernière obtenait le statut en vertu de celui de son époux indien. La réaction du gouvernement à cette humiliation a été de déposer le projet de loi C-31. La notion de ce projet de loi signifierait (et a signifié) que le ministère, unilatéralement, rétablirait ces femmes et leurs enfants dans leurs bandes d'origine, s'attendant que les conseils puissent faire face au retour de ces personnes et à leur exigence qu'ils reconnaissent leurs droits d'appartenance. Cela a été réalisé à l'aide de fonds fédéraux, promis mais jamais donnés, ce qui a ajouté des pressions supplémentaires sur les finances des bandes et sur les terres des réserves déjà poussées à leurs limites.

Les changements envisagés ont placé la collectivité de Kahnawake dans une position intéressante très complexe. La sagesse populaire voulait que la collectivité ne dispose tout simplement pas des ressources nécessaires pour appuyer le retour de membres de la bande. De plus, la culture traditionnelle moderne voulait que ce retour ne puisse se produire. Conformément au traité Two Row Wampum, la personne changeant de collectivité ou de nation devait vivre avec son choix. Ainsi, une Mohawk ayant perdu son statut et son appartenance à la bande en « épousant à l'extérieur » devait demeurer à l'extérieur, tout comme les enfants issus de cette union. Son retour pouvait être autorisé si elle divorçait ou devenait veuve, mais aucune concession ne pouvait être faite à elle ou à ses enfants. Il est certain que la *Loi sur les Indiens* était injuste en volant aux femmes mohawks leur statut si elles épousaient à l'extérieur, mais ces femmes avaient fait leur choix et devraient simplement vivre avec ses conséquences, malgré les amendements (malgré également la contradiction de la capacité apparente des hommes de faire ce choix). On ne pouvait demander à Kahnawake de payer financièrement et culturellement pour les efforts du Canada d'améliorer son image internationale en matière d'égalité des sexes et des droits des autochtones.

En même temps, la *Loi sur les Indiens* et, notamment, son paternalisme inhérent, son esprit patriarcal et discriminatoire au niveau des sexes, constituaient un affront à la culture mohawk qui, traditionnellement et historiquement, était matrilinéaire et très favorable aux femmes dans la pratique et dans ses politiques. Ainsi, les amendements pouvaient être perçus, du moins au niveau culturel et technique, comme un élément positif. Ceci posé, par contre, ces mêmes amendements, de même que les dispositions de la *Loi* en général concernant l'appartenance, constituaient un affront beaucoup plus grave à la souveraineté permanente et à l'état de nation du peuple mohawk, dans la mesure où cela constituait une autre usurpation, par l'État canadien, du droit fondamental de la nation mohawk à définir sa propre citoyenneté. Kahnawake percevait dans les modifications prévues à la *Loi sur les Indiens* un autre vol perpétré par le Canada de ses droits et pouvoirs de nation.

Le Conseil a réagi à cet ensemble de circonstances assez spécial et conflictuel en déclarant avoir le contrôle sur la définition de l'identité mohawk et des droits afférents trois bonnes années avant que le ministère accorde sa « permission législative » de le faire. Comme cela a transpiré à l'avènement des modifications à la *Loi* dues au projet de loi C-31, cette déclaration, il n'était pas utile qu'elle porte à controverse. Les amendements du projet de loi, qui sont entrés en vigueur en 1985, ont créé un contexte où les conseils de bande pouvaient se doter de leurs propres « codes d'appartenance » agissant comme filtre sur

les droits juridiques et autres associés au statut d'Indien et à l'appartenance à une « bande indienne » reconnue. C'était une dérogation plutôt radicale par rapport à la pratique antérieure. Avant 1985, le ministère avait tenu à jour un Registre des Indiens, contenant les noms de toutes les personnes satisfaisant aux critères de la *Loi sur les Indiens* pour ce qui est du statut d'Indien, ainsi que des listes de bandes individuelles. La distinction apparente entre les listes était, à l'époque, plus théorique que réelle, car une personne était inscrire au Registre en tant qu'Indien ou membre d'une bande donnée. Après l'adoption du projet de loi C-31, le Registre des Indiens et les listes de bandes devinrent des entités distinctes. Aujourd'hui, l'inscription à une liste de bande, qui existe séparément du registre, relève du ministère ou d'une bande individuelle, dans les cas où la bande en question a assumé officiellement le contrôle sur la liste de membres aux termes de l'article 10 de l'actuelle *Loi sur les Indiens*. Si un conseil de bande n'a pas assumé ce contrôle, l'article 8 de cette loi exige du ministère qu'il tienne une liste de tous les membres de la bande qui correspondent aux critères d'appartenance définis à l'article 6 de la *Loi*. Si une bande assume le contrôle de l'appartenance en vertu de l'article 10, le ministère n'est plus tenu de tenir à jour cette liste, car il a délégué ce pouvoir législatif à cette bande. Ainsi, la liste créée par le conseil de bande devient le document de base pour la détermination de l'appartenance et l'affectation des avantages associés à cette appartenance, notamment le droit de résidence, d'éducation, d'affectation de terres, d'aide sociale et de concession locale.

Toutefois, rétrospectivement, il était presque inévitable que l'affirmation du Conseil Mohawk concernant le contrôle sur les droits et privilèges associés au statut de Mohawk de Kahnawake porte à controverse. Dans la foulée de sa position de maintien de la souveraineté et de l'état de nation des Mohawks, le Conseil refusait d'envisager une délégation du contrôle sur l'« appartenance » à la « bande de Kahnawake ». Il souhaitait plutôt assumer pleinement le contrôle, définir les critères à satisfaire pour être accepté par le Conseil en tant que Mohawk de Kahnawake et bénéficier des droits et privilèges normalement associés à cette appartenance, mais qui découleraient désormais de la désignation en tant que Mohawk. Ce n'est pas tant que le Conseil Mohawk rejetait le concept d'appartenance ou de bande ou la *Loi sur les Indiens* définissant et créant ces concepts, mais simplement que tout cela était non pertinent dans une nation indépendante qui, par définition, s'occupe des questions de citoyenneté et des droits et responsabilités que cela comporte. Le peuple de Kahnawake, qui fait partie de la grande nation mohawk, nation souveraine, conservait comme droit fondamental de la citoyenneté le pouvoir de définir le contenu de cette citoyenneté et les droits que cela suppose.

Il est donc logique que le Conseil Mohawk se soit abstenu de pouvoir déléguer sur l'appartenance, préférant au lieu de cela réaffirmer le droit historique de la nation mohawk à définir sa propre identité et sa population. Conformément à ce choix, le Conseil a aussi refusé de ratifier sa politique d'appartenance dans les limites des conditions de prise de contrôle sur l'appartenance définies à l'article 10 de la *Loi sur les Indiens*. Par voie de conséquence, la « liste mohawk » découlant de cette position et actuellement tenue à jour par le Conseil Mohawk n'a pas officiellement remplacé la liste ministérielle car elle n'est pas, à strictement parler, reconnue par le ministère comme découlant d'un processus conforme à la loi. Donc, à l'extérieur du Registre des Indiens du ministère, il existe actuellement deux listes des personnes réputées avoir droit à des droits et à des responsabilités associés au

statut de Mohawk de Kahnawake. : la liste tenue à jour par le ministère, où ces droits et responsabilités découlent de l'appartenance à la bande de Kahnawake, ainsi que la liste tenue à jour par le Conseil des Mohawks, où les droits et responsabilités sont liés au statut de Mohawk de Kahnawake. Compte tenu de cela, il est possible qu'une personne soit reconnue comme « Indien » et membre de la bande de Kahnawake par le ministère et qu'elle se voie refuser les droits et avantages qui, traditionnellement, découlaient de cela, car elle n'est pas définie en tant que Mohawk par le Conseil Mohawk qui, en fait, administre ces droits et avantages. Il est donc possible d'être « Indien », mais non « Mohawk », d'être « Mohawk », mais non « Indien » et d'avoir accès (à défaut d'un meilleur terme) à des droits fondés sur l'appartenance, tout en n'étant pas nécessairement membre des Mohawks. La situation porte à confusion à tout le moins et est source d'énormes problèmes et inquiétudes pour nombre de personnes de Kahnawake également[32].

Une partie au moins du problème découlait de l'insistance sur l'affiliation à Kahnawake pour l'exclusion par opposition à l'inclusion. Première tâche pour déterminer qui appartenait à Kahnawake, le Conseil a œuvré pour l'élimination systématique des résidents non Indiens qui demeuraient dans la collectivité sans lien tangible avec le peuple et la culture de Kahnawake. Même si cela visait à régler un aspect d'un problème historique, cela n'a pas vraiment réglé le problème des non-Indiens dont la présence sur le territoire de la réserve a été obtenue par mariage ou adoption dans les familles mohawks. La réaction du Conseil au compromis à la culture mohawk, perçu comme résidant dans ces unions et familles était de le rendre illégal selon la « Loi mohawk ». Ainsi, dans une déclaration du Conseil en 1981, ce dernier a posé un moratoire sur les « mariages mixtes » et l'adoption de non-Indiens par les Mohawks de Kahnawake :

> À compter de ce jour [le 22 mai 1982], tout Indien, homme ou femme, qui épouse un non-Indien ou une non-Indienne n'est pas admissible à l'un ou l'autre des avantages suivants dérivés de Kahnawake [:]...
> - Numéro de bande
> - Résidence (pour vivre à Kahnawake)
> - Affectation de terre
> - Aide au logement - prêt ou réparation
> - Aide sociale - dans Kahnawake seulement
> - Éducation - dans Kahnawake seulement
> - Privilèges de vote - dans Kahnawake seulement
> - Inhumation
> - Services de médecine - à Kahnawake seulement
> - Privilèges fiscaux - à Kahnawake seulement[33]

Le moratoire a été élargi et complété en 1984 avec l'adoption par le Conseil de la « Loi sur la citoyenneté mohawk », stipulant qui pouvait être admissible en tant que « Mohawk » aux fins des droits et services susmentionnés dans la collectivité[34]. L'article 3 de cette loi contenait les définitions suivantes chapeautant les droits et l'accès aux services à Kahnawake :

> *Mohawk* - toute personne, homme ou femme, dont le nom figure aux listes actuelles et de réinscription et qui a au moins 50 % de sang indien figure au Registre des Mohawks de Kahnawake.

> *Non-Indien* - toute personne, homme ou femme, dont le nom ne figure pas aux listes actuelles et de réinscription de la bande et qui a moins de 50 % de sang indien[35]

L'effet de la définition de citoyenneté du Conseil pour l'exercice des droits les plus fondamentaux des citoyens, la franchise, devint apparent aux élections suivantes du gouvernement local qui ont lieu en 1986. Ayant obtenu la ratification de sa Loi sur la citoyenneté lors d'une réunion publique où les présences étaient plutôt faibles (d'après ce qu'on dit, il y avait environ 50 personnes présentes), le Conseil a obtenu l'approbation de sa définition de la franchise locale comme se limitant à quiconque ayant « 18 ans ou plus »... « actuellement inscrit sur la liste de la bande et au Registre des Mohawks... sauf les personnes non indiennes par naissance et celles touchées par la Loi sur la citoyenneté mohawk de Kahnawake »[36]. Le résultat de cette politique a été de nier le droit de vote à 475 des 1 266 personnes qui se sont rendues aux bureaux de scrutin pour les motifs qu'ils n'avaient pas suffisamment de sang indien et que, par conséquent, ils ne possédaient plus la citoyenneté mohawk ou le droit afférent de franchise[37].

La franchise n'était pas le seul droit restreint par la nouvelle Loi sur la citoyenneté. Au cours de la décennie qui a suivi la controverse de l'élection de 1986, les règles sur la citoyenneté dans la collectivité de Kahnawake ont été pointées du doigt comme refusant des droits de résidence aux femmes mohawks divorcées ou veuves, auparavant mariées à des non-Indiens et souhaitant retourner vivre dans la collectivité, et empêchant leurs enfants de prendre part au système local d'enseignement. Dans d'autres cas, les propriétaires fonciers mohawks ont perçu des menaces à leur gagne-pain, étant limités lorsqu'ils souhaitaient louer à bail des terres privées à des non-Indiens[38]. De la même manière, une personne qui avait toujours résidé à Kahnawake et qui avait demandé au Conseil l'autorisation d'agrandir son commerce de réparation de voitures a vu ses efforts déboutés parce que, selon le Conseil, une enquête dans l'histoire de sa famille avait fait ressortir qu'il possédait « seulement 25 % de sang indien »[39]. Plus récemment, un homme de Kahnawake s'est vu refuser la possibilité de briguer le poste de grand chef du Conseil Mohawk parce que, dans une enquête analogue, on a découvert qu'il n'avait que 46,87 % de sang mohawk. Dans un exemple classique du sens de l'humour à Kahnawake, un journaliste local citait une remarque de cet homme : « Comment ils sont arrivés à ce chiffre, cela me dépasse. C'est deux points de pourcentage de moins que la dernière fois que je l'ai demandé »[40].

En fait, la manière apparemment capricieuse avec laquelle la politique du sang et de l'appartenance a été appliquée à Kahnawake n'a pas fait beaucoup pour en augmenter la crédibilité dans une population de plus en plus incertaine que la règle du sang soit la meilleure approche pour définir les Mohawks. Il y a toujours eu des mécontentements manifestés à l'égard de cette politique, les premiers dans le cas du moratoire de 1981 - en définitive, ainsi que le faisait remarquer une femme de Kahnawake : « nous avons tous dans nos familles des gens qui ont épousé des non-Autochtones, à leur su ou à leur insu »[41]. Une loi menaçant nombre de Mohawks au niveau personnel en offusquait d'autres comme affront à la tradition mohawk, que l'on percevait comme en intégrant les différences et manifestement peu soucieuse de questions comme la proportion de sang :[42]

> Nous avons dans notre histoire accepté des personnes qui n'étaient pas autochtones. C'est très clair dans notre société actuelle, nous avons des familles et des filiations qui remontent à des arrière-grands-parents ou arrière-arrière-grands-parents non autochtones. Ces familles on été acceptées dans notre collectivité. De façon générale, les gens sont acceptés parce qu'ils participent et apportent à la collectivité d'une certaine façon et dans une situation non néfaste à la collectivité. Historiquement, nous avons adopté des bébés. Nous avons adopté des captifs d'une race ou d'une autre à diverses époques pour compenser la perte de jeunes hommes morts à la guerre ou de maladie. Cela est un fait historique[43].

Dès 1995, les premiers qui protestaient contre la règle du sang étaient rejoints par nombre d'autres et le Conseil Mohawk créait un groupe de travail sur l'affiliation, pour réétudier les politiques de l'époque à ce sujet. Le groupe de travail devrait être un moyen non politique de consultation communautaire sur l'affiliation et devait cristalliser les résultats de ses consultations dans un nouveau projet de politique sur l'affiliation. La capacité du groupe d'être non politique dans le traitement d'une question aussi chargée politiquement était douteuse, particulièrement puisque son rapport et son projet de politique devaient être remis au Conseil Mohawk, dont nombre de membres semblaient manifestement favorables à la règle du sang. Le fait que le Conseil se soit réservé le droit de modifier le rapport provisoire avant de le rendre public a encore miné le faible vernis d'autonomie du groupe de travail et de son rapport[44].

Les résultats du rapport du groupe de travail, tels que rendus publics, ont fait ressortir à quel point il serait difficile d'exclure les influences politiques du processus de changement de politique. Selon le rédacteur du journal *Eastern Door*, qui a rencontré le groupe de travail à propos des consultations dans la collectivité, on lui aurait dit fondamentalement que « la majorité des gens rencontrés ont un gros problème avec cette question de la règle du sang »[45]. Lors de la publication de la version provisoire de la loi sur l'appartenance dans la collectivité, on proposait le remplacement de l'exigence de la proportion de sang par un concept de filiation clair et reconnaissable, dans lequel un éventuel citoyen mohawk et membre de la bande de Kahnawake posséderait, notamment, « au moins deux grands-parents mohawks ou autochtones »[46]. Il est difficile de voir précisément de quelle façon la filiation peut être déterminée sans tenir compte dans une certaine mesure du sang (critique formulée à l'endroit du MAIN lorsqu'il a adopté la politique de la filiation un peu avant les pourparlers à ce propos à Kahnawake), laissant entendre que les membres du Conseil apparemment favorables à la règle du sang s'étaient engagés dans une course politique effrénée sur cette question.

Cette loi étant restée semble-t-il non ratifiée, l'exigence de la règle du sang est demeurée un des grands aspects litigieux des critères de Kahnawake pour la citoyenneté mohawk et l'appartenance à la bande. Dans l'espoir de mettre un peu un terme au problème, un comité d'Anciens s'est lancé dans la polémique, publiant en avril 1998 une déclaration sur l'appartenance des Kanienké:ha de Kahnawá:ke. Dans ce document, l'appartenance Kanienké:ha exige quatre preuves : connaissance de la langue Kanienke:ha, filiation Kanienke:ha remontant à trois générations, respect de la Terre Mère

et identification à un clan[47]. Les Anciens ajoutaient à ces exigences une directive voulant que :

> toute personne Kanienké:ha épousant une non-autochtone doit quitter le territoire Kanienké:ha avec tout enfant résultant de cette union et ces personnes seront privées de certains privilèges, par exemple les droits de résidence, de propriété foncière et de participation politique... Les personnes frappées de cette exclusion coutumière peuvent revenir en cas de veuvage et, en outre, les enfants de cette union peuvent revenir et être reconnus comme membres à part entière de la collectivité de Kahnawá:ke s'ils épousent des membres reconnus de la Kanienké:ha de Kahnawake[48].

La position des Anciens n'a rien fait pour assainir la situation, y enchâssant l'impératif de la règle du sang. Comme nous l'avons mentionné précédemment, cette politique a suscité une controverse non négligeable et bien des chagrins dans les familles de Kahnawakehronon. Elle a également été rejetée par la Commission canadienne des droits de la personne qui, en 1998, décrétait que cette politique était discriminatoire sur le plan de la race en déniant des droits et services à des « Indiens » réputés ne pas être des Mohawks. Dans l'affaire *Peter et Trudy Jacobs et la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil Mohawk de Kahnawake*, un résident de toujours de Kahnawake adopté encore bébé par une famille mohawk et possédant le statut d'Indien selon le MAIN s'est vu refuser les droits et services par le Conseil Mohawk parce que son sang n'était pas suffisamment indien. Jacobs a contesté devant la Commission canadienne des droits de la personne le rejet de son affiliation par le Conseil et celui de sa famille, des Mohawks de pure race ou métissés qui avaient perdu tous leurs droits parce qu'ils étaient parents avec lui. Après de longues années, l'affaire a été réglée lorsqu'un Tribunal des droits de la personne a décrété que non seulement le Conseil faisait de la discrimination, mais aussi que le MAIN, indirectement, entérinait cette discrimination en refusant d'aider les personnes qu'il définissait comme des Indiens avec statut et membres de la bande de Kahnawake, mais qui ne satisfaisaient pas au code apparemment illégal d'affiliation du Conseil :

> « Il est donc clair que le Ministre [des Affaires indiennes et du Nord] a confié des responsabilités considérables au MCK [Mohawk Council of Kahnawake] en ce qui concerne la prestation des services [financiers] prévue dans cette entente et qu'il ne souhaite pas s'interposer dans les décisions prises par le MCK. Il est aussi clair que AINC est au courant des critères d'appartenance actuellement appliqués à Kahnawake et que le ministère a néanmoins choisi de ne pas s'en mêler, même si Peter [Jacobs] possède le statut d'Indien en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qu'il réside sur un territoire indien et qu'il a par conséquent droit aux avantages consentis dans le cadre des programmes financés par AINC en vertu de la *Loi*. Bien que l'on puisse comprendre la situation politique qui prévaut à Kahnawake, à notre avis, AINC n'assume pas ses responsabilités légales en refusant d'aider Peter et sa famille...[49]
>
> ... Pour des motifs politiques, le gouvernement fédéral est donc devenu partie à la pratique discriminatoire découlant de cette situation...[50]

Avec l'adoption, par négociation avec le MAIN, du projet d'accord parapluie, il semble clair que le gouvernement fédéral est prêt à accorder au Conseil Mohawk plus de pouvoirs en ce qui a trait à l'affiliation (et une gamme de pouvoirs afférents). Et cela, malgré le fait que la loi actuelle demeure contraire à la législation canadienne sur les droits de la personne et clairement en infraction de l'accord parapluie non encore ratifié, dans lequel est consignée l'entente de Kahnawake reconnaissant que toutes les lois et mesures exécutoires du gouvernement mohawk de Kahnawake doivent respecter les droits et libertés garantis par la Charte[51]. Dans la mesure où le Conseil Mohawk a longtemps maintenu que les droits collectifs du peuple mohawk et la conception du gouvernement traditionnel doivent être pris en compte dans l'interprétation de la Charte des droits et libertés à Kahnawake, tout conflit entre la tradition et des lois extérieures dans un Kahnawake postérieur à la *Loi sur les Indiens* semblerait inévitable.

VI. Faire le ménage chez soi : régler le conflit de droit et passer à une nation mohawk s'autodéterminant à Kahnawake

Même si la collectivité et le Conseil de Kahnawake continuent à s'attaquer à la question de l'affiliation et à la meilleure façon de la définir, tout se résume à une question de sang. Dans la mesure où le Conseil semble, d'après le projet d'accord parapluie, avoir reconnu qu'il fonctionnerait d'une manière conforme à la Charte canadienne des droits et libertés, en ce qui a trait à ces droits et libertés, d'une manière cohérente avec la culture mohawk et une charte de Kahnawake, il semblerait probable qu'une règle du sang continuera à poser des problèmes et pourrait poser un obstacle au consentement du fédéral à la ratification de la LRICK. De prime abord, il semblerait que deux solutions soient possibles. L'une serait que le Conseil décide de modifier radicalement sa position actuelle sur l'affiliation, éliminant la règle du sang ou de l'affiliation et surmontant ainsi le conflit de droit en éliminant une des sources de ce conflit. Il pourrait bien en être ainsi et certains commentateurs de Kahnawake laissent entendre que c'est ce qui se prépare. Si, toutefois, pareil changement de politique repose sur l'appui général de la collectivité, il semble peu probable, car d'après ce qui se dit sur le terrain, il existe un fort soutien de la base au maintien de la règle du sang. De plus, le gouvernement fédéral pourrait décider d'intégrer à la LRICK un mécanisme touchant la règle du sang et le faire de manière à contourner les protections concernant les droits de la personne en vigueur « à l'extérieur » et qui pourrait être appliqué dans ses limites territoriales sur la base des mêmes arguments culturels que le Conseil a retenus pour fausser l'application de la Charte canadienne à un Kahnawake autonome. Même si cela devait être, la Charte gardera sans doute une certaine pertinence pour les Mohawks de Kahnawake dans la mesure où le projet d'accord parapluie, et la LRICK, stipulent que tout Mohawk peut se prévaloir des droits et libertés garantis dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'accord parapluie, on précise en outre, d'une manière apparaissant quelque peu cavalière compte tenu de son effet, que l'accord final doit « régler » la « relation » entre Kahnawake et la *Loi canadienne des droits de la*

personne, déclaration qui peut sembler signifier que Kahnawake doit se conformer aux décisions du tribunal dans l'arrêt *Jacobs*, ou rien du tout selon le cas.

Dans le projet d'accord parapluie, on reconnaît que certaines personnes de Kahnawake peuvent avoir le statut d'Indien mais non l'affiliation et on semble confirmer que ces personnes seront protégées toute leur vie malgré l'absence d'affiliation. Il semble donc évident que le MAIN, notamment, ait reconnu qu'il existe à Kahnawake deux types de « membres » : les Indiens à statut, au sens du Registre des Indiens conservé par le MAIN conformément à la *Loi sur les Indiens*, et les Mohawks, selon la définition des dispositions actuelles d'affiliation du Conseil. Le MAIN semble également avoir accepté comme inévitable qu'une certaine partie de la population définie comme indienne ne sera pas acceptée comme Mohawk à la dissolution de la bande indienne de Kahnawake, pratique qui, en fait, se produit déjà à Kahnawake et qui a déjà été reconnue comme illégale et discriminatoire en vertu du droit canadien. La réponse du Canada à ce scénario semble double : (1) comme nous l'avons mentionné, le MAIN veillera à ce que les Indiens à statut qui ne sont pas Mohawks soient protégés financièrement pendant toute leur vie; (2) en cas de conflit entre ces personnes et leurs droits, la LRICK comportera un processus précis pour « régler » ces conflits[52].

Il est impossible de formuler des observations sur la pertinence de ces mécanismes avant leur création; l'expérience antérieure dans ce domaine, toutefois, nous oblige à réfléchir à la première réaction du MAIN à la question de l'affiliation à Kahnawake. On peut, je crois, facilement alléguer que le simple fait d'accepter que les Kahnawakehronon dont les droits à Kahnawake découlent uniquement de la définition qui les concerne au MAIN en tant qu'Indiens à statut pose de graves problèmes à divers égards. Tout d'abord, ces Indiens ne sont pas tous Mohawks, parce qu'ils ne satisfont pas suffisamment à la règle du sang : il peut s'agir de Mohawks *de race pure* qui ont perdu leur affiliation mohawk parce qu'ils ont épousé quelqu'un ne satisfaisant pas à la règle du sang (comme dans l'affaire Trudy Jacobs susmentionnée). Ainsi, des personnes qui sont Mohawks par le sang peuvent être exclues de Kahnawake en raison d'une politique d'affiliation déjà réputée en partie discriminatoire en droit canadien. En second lieu, même si le Canada est disposé à reconnaître le statut, mais non l'affiliation mohawk (entérinant encore là implicitement une politique d'affiliation non légale et même discriminatoire) aux personnes touchées, pendant leur vie, que doit-il advenir de leurs enfants? En revenant aux faits énoncés dans l'affaire *Jacobs*, cela pourrait bien signifier que les Indiens demi-sang (50 %) se verront refuser l'affiliation et les avantages afférents parce que leur mère indienne de sang a épousé quelqu'un de l'extérieur (terme utilisé ici largement, dans la mesure où M. Jacobs a été adopté par une famille Kahnawakehronon lorsqu'il n'avait que quelques semaines et qu'il a grandi à Kahnawake et dans la culture mohawk). Cet état de choses rappelle beaucoup les dispositions discriminatoires contenues à la *Loi sur les Indiens* qui ont dû être corrigées par le projet de loi C-31 et dont le résultat ultime semble l'ajout d'un autre niveau de discrimination. Que cette discrimination réside désormais autant dans la loi mohawk que dans la loi canadienne n'offre probablement que peu de consolation à ceux qui sont victimes de discrimination; sa justification apparente par une prétendue histoire de « tradition » et de « gouvernement traditionnel » pose encore plus de problèmes,

particulièrement puisque l'histoire semble prouver une tradition d'adoption et d'inclusion assez contraire de « non-Mohawks » dans les familles et la société mohawks.

Dans la mesure où le Canada a une certaine complicité dans cette discrimination, tant par son acceptation apparemment tacite des lois mohawks dont elle est issue parce qu'il est à l'origine de la politique de la règle du sang (désormais rejetée en faveur du concept de filiation, qui d'une certaine manière n'est pas lié à une question de sang malgré son orientation vers les parents et ancêtres d'une personne par le sang), il n'est tout simplement pas suffisant d'accepter la discrimination à vie des Indiens à statut de Kahnawake et ensuite de considérer que cela est réglé puisqu'il n'y a plus d'Indiens de cette catégorie résidant à Kahnawake en raison de la primauté du code coutumier, qui ne s'applique qu'aux Mohawks. Le MAIN et le Conseil, si le code coutumier maintient les résultats de la règle du sang (et l'histoire récente indique qu'il ne semble pas en être autrement), doivent également accepter la réalité suivante : ce code peut emporter Kahnawake très loin dans le sens des plans historiques initiaux de l'État en matière d'assimilation : ainsi que le faisait remarquer le rédacteur du journal *Eastern Door*, « avec une règle exigeant 50 % de sang indien, nous sommes à peine à deux générations de l'extinction »[53]. Kahnawake peut, par son code coutumier, adopter une loi sur la règle du sang et le Canada peut intégrer à la LRICK un droit de refuser l'affiliation après une seule génération, mais ni l'une ni l'autre des sources de droit ne peut légiférer qui les Mohawks actuels et des générations futures peuvent décider d'épouser et ni l'un ni l'autre ne peut éviter la dérogation fondamentale aux droits de la personne implicite dans l'une ou l'autre option. Le Canada peut décider d'intégrer cette discrimination dans la LRICK comme il l'a fait jusqu'à maintenant, ainsi que le prouve l'arrêt *Jacobs*, mais la violation demeurera et pourrait en définitive aboutir à une révision par les mêmes sources internationales du droit, à l'origine d'au moins une partie de cette controverse.

Il existe manifestement un précédent fâcheux, dans les dispositions de l'accord parapluie concernant l'affiliation, car il semble clair que le MAIN à la fois reconnaisse le risque de discrimination dans les modalités actuelles d'affiliation à Kahnawake et soit prêt à le perpétuer en potentialité dans un Kahnawake postérieur à la *Loi sur les Indiens*. Et malgré qu'il soit certainement possible de rationaliser la stratégie de l'indifférence sous prétexte de respecter l'indépendance et la maturité politique de Kahnawake, cela semble un peu de courte vue compte tenu des répercussions des actuelles politiques d'affiliation pour nombre de Kahnawakehronon et du fait que cette dernière modification des critères d'affiliation trouve ses origines dans le droit canadien. Il est aussi possible que le Canada reconnaisse simplement la position du Conseil Mohawk sur « l'interférence extérieure » décrite dans l'arrêt *Jacobs*. Lorsqu'il est devenu apparent que le Conseil Mohawk risquait de perdre son pari de défendre sa politique d'affiliation devant le Tribunal canadien des droits de la personne, dans l'arrêt Jacobs, les représentants du Conseil on dit clairement qu'une décision défavorable serait simplement ignorée en pratique à Kahnawake :

> Tout d'abord, malgré tout le respect dû au Tribunal, je ne sais pas si la collectivité serait disposée à reconnaître cet arrêt. Ce serait une situation très délicate...[54] [Traduction]

> Pour moi, cela serait probablement la façon la plus sûre de veiller à ce que le Conseil et la collectivité n'admettent pas l'affiliation de Peter et Trudy Jacobs. Il semble que cette collectivité de Kahnawake soit tellement sur la défensive et désireuse d'affirmer son droit à l'autonomie et de déterminer par elle-même qui est Mohawk... que toute déclaration, toute intrusion dans cette question par le Tribunal ou quelque institution canadienne serait perçue comme une intrusion injuste renforçant probablement leur résolution de ne pas faire face à la situation, pour la rejeter tout de go[55].
> [Traduction]

Le message implicite de ce témoignage était que les étrangers maintiendraient leurs définitions des droits de la personne à Kahnawake au péril de ceux pour qui cette définition existait. Il semble donc plutôt vain de laisser entendre que ceux qui sont victimes de discrimination en vertu du droit coutumier protégé dans la LRICK peuvent obtenir redressement par contestation en vertu de la *Charte* ou les dispositions de règlement des litiges de la LRICK. Le droit canadien, tant aujourd'hui que dans le passé lointain, a souvent été très neutre devant le droit et le nationalisme de Kahnawake; est-il raisonnable de supposer que la LRICK pourrait mieux contrer la discrimination que d'autres « lois extérieures »?

La contestation de la famille Jacobs concernant les lois actuelles d'affiliation, malgré son succès, n'a pas vraiment amélioré l'état des choses à Kahnawake, pour ceux qui cherchaient des éclaircissements sur leurs droits, et on peut se demander s'il peut y avoir le moindre changement lorsque l'affiliation relève entièrement du contrôle de Kahnawake en vertu de la LRICK. Comme nous l'avons déjà mentionné, puisque le Conseil Mohawk compte intégrer sa politique d'affiliation dans les dispositions d'un code coutumier, les violations analogues des droits de la personne à Kahnawake passeront-elles sans contestation en raison de leur fondement putatif en raison des « idéologies, traditions et pratiques culturelles distinctes » des Mohawks (conformément à l'article 72)? Dans la mesure où un certain nombre de Mohawks de Kahnawake contestera la règle du sang en tant que partie légitime de la culture traditionnelle mohawk de Kahnawake, il semble exister une force opposée égale qui affirmera une intégrité culturelle aux exigences de la règle du sang, si cela est moins par loyauté à l'histoire et à la tradition qu'au pragmatisme de l'économie moderne : un moins grand nombre de « Mohawks » pour se partager le magot financier se traduit par un mode de vie supérieur pour les vrais « Mohawks ». Malgré des motivations apparemment plus salutaires concernant la règle du sang, l'expérience de par le monde montre qu'un mélange de nationalisme fort et de lien sanguin dans les batailles pour définir l'appartenance ne peut aboutir à une situation favorable et pourtant, c'est dans ce sens que le projet d'accord parapluie et l'éventuelle LRICK semblent amener Kahnawake.

Même si la question de la proportion de sang peut s'avérer le plus grand obstacle à surmonter dans les relations Canada-Kahnawake, un autre handicap à l'acceptation par Kahnawake du projet d'accord parapluie pourrait provenir de l'apparente reconsidération par le Conseil d'une bonne partie du discours historique et de la rationalisation de l'autodétermination. Tandis qu'auparavant il fondait ses efforts pour l'autonomie mohawk dans les principes traditionnels de souveraineté, d'état de nation et de nationalisme, le

Conseil a manifestement et publiquement reculé par rapport à ce discours dans ses pourparlers avec les gouvernements extérieurs, changement qui est devenu très manifeste, notamment dans les conditions de l'accord parapluie. Ainsi, selon cet accord, l'indépendance de Kahnawake sera en tout temps régie par les paramètres définissant la relation entre le droit de Kahnawake et celui du Canada. L'article 55 de l'accord parapluie stipule que, s'il y a conflit entre les dispositions d'une loi de Kahnawake et celles d'une loi fédérale dont l'objectif est d'une importance nationale prédominante, les dispositions de cette dernière prévaudront[56]. Aux fins d'un conflit d'application de ce genre, il faut entendre par objectif d'une importance nationale prédominante les lois fédérales concernant le maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement au Canada, ainsi que d'autres lois fédérales d'importance analogue[57]. Depuis longtemps a cours au Canada un débat sur les risques d'abus de pouvoir et les droits contenus dans les dispositions de « paix, ordre et bon gouvernement » de la Constitution et il semble raisonnable de se demander s'il pourrait exister un risque analogue d'abus en faisant de ces critères très ambigus et portant à discussion le révélateur de l'importance dans les conflits de droit entre le Canada et Kahnawake. Prenons par exemple les interprétations divergentes du *Jay Treaty* qui persistent entre les Mohawks et le Canada. Compte tenu de la controverse sur la « contrebande » et l'apparente importance que lui accorde le Canada, est-ce que, si Kahnawake continue à maintenir fortement que son interprétation des droits transfrontaliers est tellement liée à la « paix, à l'ordre et au bon gouvernement » qu'un autre raid devient inévitable (malgré un accord actuel sur la police partagé par Kahnawake, le Canada et le Québec)? En même temps, les nationalistes mohawks plus radicaux de Kahnawake n'accepteront probablement pas que leur indépendance soit entravée par ce genre d'interprétation de l'importance vitale. Ces personnes, dont nombre étaient actives dans la crise de l'été 1990 (décidément un événement défini comme une menace à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement), pourraient protester violemment contre tout article de l'accord parapluie ou de la LRICK susceptible de laisser la définition de ces menaces au même gouvernement extérieur qui a expédié plus de soldats pour faire le blocus d'Oka et de Kahnawake qu'il n'en a envoyé dans la Guerre du golfe.

Ces mêmes nationalistes pourraient aussi, dans une certaine mesure, se sentir trahis par la réalité du fait que l'accord parapluie et la LRICK qui en découle ne semblent pas prévoir une élimination entière de la *Loi sur les Indiens* dans son application à leur collectivité, particulièrement dans la mesure où nombre d'entre eux voient cette fin comme un objectif essentiel de plus d'un siècle de lutte. Manifestement, l'« élimination progressive » de la *Loi* sera difficile à faire avaler à ces personnes, même si cela peut atténuer les inquiétudes ressenties par d'autres Kahnawakehronon qui ne sont pas aussi profondément actives en matière de nationalisme mohawk. Ces dernières, que l'on peut à juste titre considérer comme faisant partie de la majorité à Kahnawake, reflètent l'ambivalence envers la « loi imposée » expliquée en préambule du présent document. Nous voyons ici qu'avoir vécu un siècle dans le cadre des conditions restreintes (reconnaît-on) de la *Loi sur les Indiens* a engendré une certaine acceptation de ces conditions car, en même temps qu'elles limitent les possibilités, elles ont également inspiré un certain niveau de stabilité, de prévisibilité et d'affluence à Kahnawake. Ces Mohawks d'esprit plus pratique pourraient se demander pourquoi il faudrait maintenant faire chavirer un bateau assez satisfaisant pour une série d'éventualités politiques non prouvées. Et tandis que l'accord parapluie et la LRICK qui en découle prévoient pour le Conseil Mohawk

davantage de contrôle, et d'une meilleure façon, sur les terres, les finances et une gamme de pouvoirs actuellement détenus par l'État en vertu de la *Loi sur les Indiens*, ces gains potentiels sont mitigés par la perte des protections prévues à la *Loi* et l'augmentation de la responsabilité du Conseil et de Kahnawake.

Les principales difficultés du projet d'accord parapluie et de la LRICK, que ce soit pour les questions d'affiliation et de droits de la personne ou de toute la gamme des compétences envisagées comme échéant à un Kahnawake postérieur à la *Loi sur les Indiens*, ont probablement moins à voir avec les lois elles-mêmes qu'avec l'esprit et l'orientation de leur mise en œuvre. Les lois n'établissent que la structure : la clé, c'est ce que les personnes concernées décident d'en faire. Si le Canada voit dans le fait de remettre le contrôle de l'affiliation au Conseil Mohawk simplement une manière politiquement correcte de se sortir d'un imbroglio dont il ne veut plus, il choisit alors de se laver les mains du gâchis dont il est l'auteur et, encore une fois, l'incurie des gouvernements extérieurs coûtera très cher à nombre de Mohawks de Kahnawake. Si, en même temps, Kahnawake perçoit les dispositions d'affiliation de l'accord parapluie et de la LRICK comme une carte blanche lui permettant d'effacer nombre de noms pour une gamme de raisons pas toujours justifiables, il participera simplement à l'assimilation certaine de nombre de ses citoyens. Il existe des solutions plus favorables et il faut espérer que Kahnawake et le Canada opteront pour ces solutions plus avantageuses. Les deux parties peuvent s'efforcer de légiférer sur ces choix, mais l'histoire prouve que, dans le cas de Kahnawake, cela ne garantit pas nécessairement le respect, non plus que cela aboutira à une amélioration de la collectivité.

Rousseau croyait que les lois les plus fortes étaient inscrites non dans l'étain, mais dans le cœur des hommes; ainsi, les lois vraiment légitimes doivent provenir de l'intérieur de la collectivité, des personnes mêmes qui vivront sous leur régime. Les gouvernements, tant à Kahnawake qu'à l'extérieur, doivent s'efforcer de tenir compte de cet élément important de la légitimité des lois et doivent être également certains que les lois qu'ils adopteront feront tout ce qui est possible pour concrétiser cette légitimité pour tous les Kahnawakehronon, sans égard à leur sang ou à leur appartenance politique. C'est un défi de taille, dans lequel il faut toujours se soucier de la réalité de la loi et des mesures législatives, nommément, le volet le plus obligatoire de la légitimité des lois a moins à voir avec les lois elles-mêmes qu'avec la volonté des gens de veiller à ce que la justice soit un élément actif de définition de la façon dont ils vivent et entretiennent des rapports mutuels. À la fin, dans la vraie vie, il n'y a vraiment peu de méthodes pour légiférer la forme la plus essentielle de justice au-delà de permettre d'effectuer les choix appropriés. Ces accords ouvrent la porte à cette responsabilisation; il appartient au Conseil Mohawk et aux Kahnawakehronon de construire à partir de cela un monde meilleur.

Notes de fin de document

[1] Terme mohawk dont la traduction la plus proche en français serait « ceux qui vivent en amont des rapides ».

[2] LRC 1985, chap. I-5.

[3] Conseil Mohawk de Kahnawake/Canada - Accord sur un calendrier et un mécanisme de négociation de nouvelles relations entre les Mohawks de Kahnawake et le Canada, Ottawa, le 13 décembre 1991, annexe B, page 2.

[4] *Ibid.*, page 3.

[5] On trouve actuellement à Kahnawake trois Longues maisons distinctes. La plus grande est celle connue par son emplacement sur l'autoroute 207 et c'est celle qui, tout en se remettant de la crise de 1990, demeure le groupe traditionnel dominant de la collectivité. Parfois, elle obtient la collaboration de la Longue maison qui vient au second rang, cette dernière reposant sur les enseignements du prophète Seneca du lac Handsome; il est rare qu'il y ait pareille interaction (à ma connaissance) avec la troisième Longue maison, qui se compose presque entièrement d'une seule famille très activiste. C'est la Longue maison de la 207 dont nous parlons à propos du débat sur la cigarette.

[6] La position de souveraineté de la Kanienkehaka (nation mohawk), territoire de Kahnawake de la Confédération iroquoise des six nations Haudenosaunee, le 15 juin 1988 (Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, dossier E4200-070 (vol. 2) 7/88-12/88 gestion de la bande, Mohawks de Kahnawake), p. 2.

[7] Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, dossier E4200-070 (vol. 4) 10/89 - 12/90. Gestion de la bande - Mohawks de Kahnawake. Lettre de Joe Norton, grand chef du Conseil Mohawk de Kahnawake à Pierre Cadieux, ministre des Affaires indiennes et du Nord, le 6 février 1989.

[8] William Johnson, « Some native claims based on myth », The Gazette (d.a.) dans le dossier du ministère des Affaires indiennes et du Nord E4200-070 (vol. 2) 7/88-12/88, gestion de la bande, Mohawks de Kahnawake.

[9] Lettre du grand chef Joseph Norton au premier ministre Brian Mulroney (le 6 juin 1988).

[10] Annexe B, « Document de discussion, relations Canada-Kahnawake » (le 18 mai 1990) dans Relations Canada-Kahnawake. Accord sur un ordre du jour et un mécanisme de négociation d'une nouvelle relation entre les Mohawks de Kahnawake et le Canada, le 13 décembre 1991.

[11] *Ibid.*, page 12.

[12] *Ibid.*, page 4.

[13] *Ibid.*

[14] *Ibid.*, page 5.

[15] *Ibid.*, page 2.

[16] Interview avec Arnold Goodleaf, Conseil Mohawk de Kahnawake, Bureau de l'équipe des relations intergouvernementales, Kahnawake, Québec (le 21 mai 1999).

[17] «Kahnawake and Quebec sign historic agreement » *The Eastern Door* (vol. 7, n° 37) 1,7; «Quebec Cabinet signs agreements » The Eastern Door (vol. 8, n° 9) 1,5.

[18] « Opposition protests against agreements » *The Eastern Door* (vol. 8, n° 14) 1,12.

[19] « The Nosy News Guy » *The Eastern Door* (vol. 8, n° 11) 9.

[20] « Agreements with Quebec » *The Eastern Door* (vol. 8, n° 9) 2.

[21] « MCK/Quebec officially sign agreements » *The Eastern Door* (vol. 8, n° 10) 5.

[22] « Quebec Tables Bill 66 » *The Eastern Door* (13 août 1999, vol. 8, n° 28) 1.

[23] « Bill 66: Is Quebec dealing with the Mohawk Nation? » *The Eastern Door, ibid.*, page 2.

[24] Article 6, « Gouvernement de Kahnawake », projet d'accord parapluie page 5.

[25] Article 4, « Objet de la loi », projet d'accord parapluie page 5.

[26] Article 6, « Gouvernement », projet d'accord parapluie pages 5-6.

[27] Article 9, « Compétence », projet d'accord parapluie page 6.

[28] Article 11, « Accords secondaires », projet d'accord parapluie page 7.

[29] Cette déclaration inspira sans doute une certaine controverse dans les milieux iroquois, car les versions transcrites de la Kaianerakowa, soit la Constitution/Grande loi de paix des Iroquois laissent clairement entendre que les adoptions peuvent être des relations provisoires. Même si cela est manifestement important, je crois que deux facteurs doivent atténuer l'acceptation intégrale de la déclaration Kaianerkowa. Tout d'abord, je n'ai pu trouver la moindre preuve historique corroborant la Kaianerakowa; en fait, j'ai relevé nombre de preuves la mettant directement au second plan (comme je l'ai précisé ailleurs, voir la note ci-après). De plus, d'après les preuves historiques et la réalité que les transcriptions modernes de la Grande loi qui ont transpiré après une dose appréciable de « stress acculturant » ait été observée dans la plupart des nations iroquoises, il est important de voir ces transcriptions pour ce qu'elles sont : des efforts pour définir un système de droit et de gouvernement modernes par les Iroquois du XX[e] siècle. Cet objectif peut très bien avoir influé sur la forme de certaines traditions préservées par la Loi et donc, son contenu ne peut être accepté d'emblée.

[30] Voir : E.J. Dickson-Gilmore, « Iati-Onkwehonwe: Blood Quantum, Membership and the Politics of Exclusion in Kahnawake », Études canadiennes, vol. 3, n° 1 (1999) : 27 à 43; E.J. Dickson-Gilmore, « More Mohawk than my Blood » : Citizenship, Membership and the Struggle over Identity in Kahnawake », à paraître, questions canadiennes, 1999.

[31] L'analyse de l'histoire récente des luttes de Kahnawake concernant l'affiliation vient de mon ouvrage « More Mohawk than My Blood », op.cit., pages 1 à 6.

[32] Voir Dickson-Gilmore, op.cit., et Peter et Trudy Jacobs et la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil Mohawk de Kahnawake (1997); décision du Tribunal dans l'affaire Peter et Trudy Jacobs et la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil Mohawk de Kahnawake (1998).

[33] Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, dossier E4200-070 (vol. 1) 1975 - 30/6/88, gestion de la bande - Mohawks de Kahnawake. Résumé préparé pour le ministre des Affaires indiennes, objet : actions du Conseil Mohawk de Kahnawake, annexe C : moratoire du Conseil Mohawk de Kahnawake.

[34] Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, dossier E4218-070 (vol. 1) 1/86-3/88 - élections du Conseil - bande de Kahnawake, Loi sur la citoyenneté mohawk, sans date.

[35] *Ibid.*, page 2.

[36] Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, dossier E4218070 (vol. 1) 1/86 - 3/88. Élections au Conseil - bande de Kahnawake. Lettre de Davis Rice, chef, Conseil Mohawk de Kahnawake, à M. Gaétan Pilon, Terres, Recettes et successions, ministère des Affaires indiennes et du Nord, le 18 mars 1987.

[37] Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, dossier E4218-2-070 (vol. 3), 4/87 - 6/88 - élections au Conseil - appels - bande de Caughnawaga - lettre et documents de R.B. Kohls, directeur général, Terres, Recettes et fiducies (opérations) à R.A. Hodgkinson, directeur, Exigences statutaires, objet : appel des élections de la bande de Kahnawake. « Norton re-elected Grand Chief, 475 denied right to vote » Chateauguay Sun (sans date); « Caughnawaga council vote illegal says Indian refused right to vote » The Montreal Gazette (sans date).

[38] Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, dossier E4200-070 (vol. 1), 1975 - 30/6/88. Gestion de la bande - Mohawks de Kahnawake. Résumé préparé pour le ministre des Affaires indiennes, objet : actions du Conseil Mohawk de Kahnawake, annexe C : moratoire du Conseil Mohawk de Kahnawake, page 2.

[39] Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, dossier E4200-070 (vol. 1) 1975 - 30/6/88. Gestion de la bande, Mohawks de Kahnawake.

[40] K. Deer, « Carl Curotte challenges election regulations » *The Eastern Door* (vol. 5, n° 17, 1996) 4.

[41] Elena Mayo Diabo, témoignage devant le Tribunal canadien des droits de la personne, dans l'affaire Peter et Trudy Jacobs et la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil Mohawk de Kahnawake, le 11 décembre 1995, Montréal (Québec).

[42] Mark McComber, témoignage devant le Tribunal canadien des droits de la personne, dans l'affaire Peter et Trudy Jacobs et la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil Mohawk de Kahnawake, le 16 septembre 1997, Montréal (Québec).

[43] Kenneth Atsenhaienton Deer, témoignage devant le Tribunal canadien des droits de la personne, dans l'affaire Peter et Trudy Jacobs et la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil Mohawk de Kahnawake, le 15 septembre 1997, Montréal (Québec).

[44] *Ibid.*

[45] *Ibid.*

[46] Kenneth Deer, « New Draft Membership Law Ready » *The Eastern Door* (vol. 5, n° 25) 1,10.

[47] «Elders come to consensus on membership » *The Eastern Door* (avril 1998, vol. 7, n° 13, 24) 7.

[48] *Ibid.*

[49] Décision du Tribunal dans l'affaire Peter et Trudy Jacobs (demandeurs) et la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil Mohawk de Kahnawake (intimés), le 11 mars 1998, page 36.

[50] *Ibid.*, page 37.

[51] Article 71, projet d'accord parapluie page 15.

[52] Articles 62, 62, projet d'accord parapluie pages 13-14.

[53] K. Deer, « On the Issue of Blood Quantum », *The Eastern Door*, vol. 5, n° 42, 1996, page 2.

[54] Joe Norton, témoignage devant le Tribunal canadien des droits de la personne, dans l'affaire Peter et Trudy Jacobs et la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil Mohawk de Kahnawake, le 12 décembre 1995, Montréal (Québec).

[55] Gerald Alfred, témoin expert du Conseil Mohawk de Kahnawake, témoignage devant le Tribunal canadien des droits de la personne, dans l'affaire Peter et Trudy Jacobs et la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil Mohawk de Kahnawake, les 11 et 12 septembre 1997, Montréal (Québec).

[56] Article 55, projet d'accord parapluie page 13.

[57] « Définitions », projet d'accord parapluie page 3.

Références

Sources de première main non publiées:

Decision of Tribunal in the matter of Peter and Trudy Jacobs and the Canadian Human Rights Commission and Mohawk Council of Kahnawake, 11 mars 1998.

Conseil des Mohawks de Kahnawake/Canada, *Draft Umbrella Agreement*, 10 mai, 1999.

Conseil des Mohawks de Kahnawake/Canada, *Agreement on a Agenda and Process for the Negotiation of a new Relationship Between the Mohawks of Kahnawake and Canada*. Ottawa: Affaires indiennes et du Nord Canada, 13 décembre 1999.

Ottawa. Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, dossier #E4200-070, vol.1, 1975-Mohawks of Kahnawake; vol.2, 7/88-12/88 Band Management - Mohawks of Kahnawake; vol.4, 10/89-12/90, Band Management - Mohawks of Kahnawake.

Ottawa. Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, dossier #E4218-070, vol.1, 1/86-3/88, Council Elections - Kahnawake Band.

Ottawa. Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, dossier #E4218-2-070, vol.3, 5/87-6/88, Council Elections - Appeals - Caughnawaga Band.

Peter and Trudy Jacobs and the Canadian Human Rights Commission and Mohawk Council of Kahnawake (1997). Comptes rendus des témoignages, Elena May Diabo (11 décembre 1995, Montréal, Québec); Joe Norton (12 décembre 1995, Montréal, Québec); Gerald Alfred (11 et 12 septembre, Montréal, Québec); Mark McComber (16 septembre 1997, Montréal, Québec); Kenneth Atsenhaienton Deer (16 septembre 1997, Montréal, Québec)

Sources publiées:

Dickson-Gilmore, E.J., "Iati-Onkwehonwe: Blood Quantum, Membership and the Politics of Exclusion in Kahnawake", *Citizenship Studies*, vol.3, n°.4, 1999, p. 27-43.

Dickson-Gilmore, E.J., "More Mohawk than My Blood: Citizenship, Membership and the Struggle over Identity in Kahnawake", à venir, *Canadian Issues*, 1999.

The Eastern Door, vol.5, n^{os} 17, 25 et 42; vol.7, n^{os} 13 et 37; vol.8, n^{os} 9, 10, 11, 14 et 28.

Mieux vivre par la Loi? Enquête sur la théorie *parens patriae*

Anne McGillivray
Faculté de droit
Université du Manitoba

Observation préliminaire 84

I. **La promesse de *parens patriae*** 85

II. **Origines du *parens patriae*** 86
- A. Tutelle et autorité en droit romain 86
- B. Incapable de dol 89
- C. Sortie des brumes de l'antiquité 92
- D. *Parens patriae* dans les tribunaux modernes 93

III. **La Loi iconographique et la common law élastique** 95
- A. Le concours 95
- B. Lois criminelles et trouble ou ordre social 97
- C. Lois sociales et réforme du droit 100

IV. **L'enfant statutaire du *parens patriae*** 102
- A. Protéger les enfants 102
- B. L'éclatement des icônes – écoles résidentielles et assistance publique aux enfants autochtones 108
- C. Le *parens patriae* et le « nouveau problème » de l'abus des aînés 110

V. **Le dilemme de l'intervention** 112

Notes de fin de document 114

Annexe : Allusions au *parens patriae* dans le droit romain 126

L'obscurité qui plane sur cette question ne saurait être dissipée jusqu'à ce que nous comprenions vraiment mieux la nature de la volonté et de l'esprit, la nature des organes par lesquels ils fonctionnent, la manière et la mesure dans laquelle ces opérations subissent l'influence de la maladie et la nature des maladies qui interfèrent avec elles. Attribuer des limites à la définition nous a occasionné beaucoup de travail et d'inquiétude et, même si nous ne pouvons déclarer la définition tout à fait satisfaisante, nous la tenons pour telle dans la mesure où la nature de la question le rend possible. Quoi qu'il en soit, il faut laisser au tribunal une vaste latitude, car il doit appliquer la loi aux faits propres à chaque affaire. [Traduction]

Rapport de la Commission
royale nommée pour étudier les
lois relatives aux délits
punissables par conviction
sommaire, 1879, C 2345[1]

Observation préliminaire

L'histoire est gage de l'avenir. Si nous ne la connaissons pas, nous répéterons les mêmes erreurs. La science-fiction parle du présent, comme pourra vous dire tout écrivain dans ce genre. La réforme du droit elle, s'occupe du passé. Nous examinons ici les allusions à la théorie parens patriae dans le droit romain, l'incapacité juridique telle que définie par les Romains et dans le premier Code criminel canadien, la relation difficile entre le droit et la common law et la reconnaissance des lois de type parens patriae et d'assistance sociale. Nous passons ensuite au premier exemple de protection de l'enfance et de ses ramifications pour la protection de l'enfant et de l'adulte chez les Indiens. Cet ouvrage a été inspiré par le concours de la Commission canadienne du droit sur la législation et le rapport de la Commission manitobaine de réforme du droit sur l'abus des aînés et la protection des adultes. Il est rare qu'une commission de réforme du droit oublie de recommander de nouvelles lois, particulièrement lorsque d'autres compétences ont déjà ouvert la voie. Pourtant, ainsi en a décidé la Commission, choisissant des mesures législatives provenant des ordonnances d'urgence axées sur les victimes et l'amélioration des recours extrajudiciaires, de préférence à un régime législatif exhaustif.

I. La promesse de *parens patriae*

La promesse de Dupont dans les années 1950 d'une « meilleure vie par la chimie » se répète dans l'alchimie sociale des lois parens patriae. Comme pour les découvertes de la chimie, par exemple la poudre à canon[2] fiable de Dupont et le napalm de Dow Chemicals, les bienfaits de ces lois sont mitigés. Toute intervention parens patriae vise à offrir de meilleures conditions à ceux qui sont incapables d'agir pour eux-mêmes, par des mesures législatives ou le recours équitable à des tribunaux supérieurs. En désignant l'État ou le monarque comme parens patriae, c'est-à-dire parent de la nation, l'instance accorde une intervention presque sans limite dans la vie des particuliers. Cela intervient en définissant « incapacité juridique » dans des termes glissants et tautologiques ainsi que les commissaires du code provisoire anglais l'observaient en 1879 dans leur codification de défense pour insanité, mentionnée précédemment, l'obscurité qui entoure la nature de la volonté ne peut être dissipée jusqu'à ce qu'on en sache davantage sur l'être humain. Après un siècle de jurisprudence canadienne et d'innombrables études sur l'esprit humain, la normalité, la déviance et les techniques de normalisation[3], nous en savons moins que jamais, même pour une fin aussi limitée qu'un dégagement de responsabilité dans toute une gamme d'affaires criminelles. Élaborer des définitions législatives pour une intervention à grande échelle pour divers chefs d'incapacité juridique pose autant de problèmes que ce que la Commission a rencontré dans la rédaction de la défense fondée sur l'aliénation mentale.

La théorie parens patriae est décrite de diverses façons, rarement définies et généralement non limitées. Lord Somers, CL, expliquait ceci en 1696 :

> Dans cette cour, plusieurs choses relevaient du Roi à titre de *parens patriae*, et tombaient sous la charge et la responsabilité du tribunal, par exemple les œuvres de bienfaisance, les enfants, les idiots, les lunatiques, etc., et par la suite certaines comme le profit et l'avantage pour le Roi ont été éliminées et confiées à la *Cour des tutelles et des mises en possession* en vertu de la loi [32 Henri VIII, chap. 46 (1540)]; mais à la dissolution de cette cour [par la *Abolition Act*, 12 Car, chap. 24 (1660)], sont revenues à la Chambre de la chancellerie[4]. [Traduction]

Une citation fréquemment mentionnée est celle de Lord Eldon, CL, dans l'affaire *Wellesley v. Beaufort* (1827)[5].

> Il appartient au Roi, en tant que *parens patriae*, de prendre soin de ceux qui ne sont pas à même de prendre soin d'eux-mêmes, et cela repose sur la nécessité évidente que la loi doit confier à quelqu'un le soin des personnes qui ne peuvent prendre soin d'elles-mêmes, particulièrement dans les cas où il est évident qu'on doit les entourer de soins. [Traduction]

Esher, MR, a décrit cela en 1893 comme suit[6] :

> compétence paternelle, compétence administrative judiciaire, en vertu de laquelle la Cour de la chancellerie a agi au nom de l'État, comme étant gardienne de tous

> les petits enfants au lieu d'un parent et comme si elle était le parent de l'enfant, assumant ainsi la garde naturelle au lieu du parent.

L'allusion à l'État en tant que « gardien de tous les petits enfants » rend compte du rôle élargi des tribunaux anglais de la fin du XIX[e] siècle pour la protection de l'enfance, au-delà de sa préoccupation vers les seuls enfants nantis et leur avoir. La compétence du tribunal sur les enfants ne peut se substituer à la compétence parentale. En 1983, le juge Wootten écrivait que le tribunal[7] :

> a la compétence qui existe depuis de nombreux siècles, remontant à la Cour de la chancellerie d'Angleterre, d'agir pour veiller au bien-être des enfants. Elle a le pouvoir d'outrepasser au besoin les opinions des personnes qui ont la charge des enfants, qu'il s'agisse d'un parent, d'un ministre de la Couronne, d'un haut fonctionnaire ou autre.

Pour Donaldson, MR, en 1991[8] :

> la compétence pratique du tribunal est plus large que celle des parents... [Elle] n'est pas dérivée des droits et responsabilités des parents, mais provient ou est déléguée de l'exécution des devoirs de l'État de protéger ses sujets et notamment les enfants... [Traduction]

Dans son sens le plus large, donc, le parens patriae est exercé avec autorité par les tribunaux et l'État. Il touche le bien-être de l'ensemble de la population, ainsi que des groupes et des particuliers affectés par les circonstances ou les actes d'autres personnes. Tous les enfants et, par extension, toutes les personnes qui tombent dans la catégorie des personnes frappées d'incapacité juridique, sont sous la compétence parens patriae sans égard à l'existence d'un régime juridique ou à la demande d'une décision judiciaire.

La provenance initiale du parens patriae n'était pas le bien du peuple, mais le bien des personnes frappées d'incapacité juridique. Cette compétence a été limitée encore par le fait que, pour une bonne partie de l'histoire, ce n'est pas la personne, mais la succession de celle-ci que visait la loi.

II. Origines du *parens patriae*

A. Tutelle et autorité en droit romain

Sir Henry Theobald affirme que l'origine du parens patriae « se perd dans les brumes de l'antiquité »[9] et le juge Fortas tire la conclusion que sa signification est nébuleuse et que ses justifications historiques sont d'une pertinence douteuse[10]. Cette compétence a-t-elle son origine dans les brumes de l'antiquité ou ces mythes concernant l'origine de pouvoirs équitables présumés par la chancellerie et plus tard par la compétence

paternaliste prise par l'État moderne? La question de savoir si le parens patriae dérive du droit romain, de la loi féodale ou des deux ou s'il a été simplement inventé par les tribunaux de la chancellerie a fait l'objet d'un débat considérable. John Seymour penche pour la dernière solution, alléguant que cette compétence a été inventée à la fin du XVII[e] siècle et qu'on a subséquemment essayé d'offrir des garanties de sa respectabilité par des sources de l'Antiquité[11]. Même si le développement de la doctrine du parens patriae a été inégal comparativement à celui d'autres domaines de la common law, comme l'observe Seymour, les arrêts du XVIII[e] et du XIX[e] siècles sont marqués par l'avancée d'un opportunisme bienveillant. Sa position trouve appui dans la lancée des incursions judiciaires et législatives dans la bienveillance du parens patriae depuis trois siècles, dans le progressivisme des tribunaux de compétence supérieure de penser moins aux successions qu'aux personnes et dans l'impossibilité virtuelle de prouver l'existence de liens entre le droit romain, le droit féodal et la common law dans un domaine aussi diffus que le parens patriae[12].

La première position, celle selon laquelle le parens patriae dériverait du droit romain, se résume à l'affirmation que Constantin le Grand aurait déclaré le principe du parens patriae au IV[e] siècle[13]. La réalité est plus complexe et moins sûre. Tout d'abord, la common law ne repose pas sur le droit romain, malgré la forte influence de ce dernier dans le développement de sa doctrine[14]. De plus, Constantin n'a pas inventé le parens patriae. La disposition la plus lointaine peut-être de ce type figure dans les Douze tables (451 av. Cons.) : si une personne est insensée, que cette personne et ses biens soient sous la protection de sa famille ou de sa parenté paternelle, si elle n'est pas sous la garde de quiconque. Dès 287 Cons., une série de décrets sénatoriaux ont été édictés pénalisant les parents ne reconnaissant pas un enfant et prévoyant des demandes, au nom de l'enfant aussi jeune que trois ans, d'ordonnance de soutien à l'encontre du père[15]. Constantin a surclassé ses prédécesseurs dans des domaines où nous voyons maintenant l'origine du parens patriae, notamment la protection des enfants et leur bien-être (voir l'annexe, « Mentions du parens patriae en droit romain »). De plus, même si le terme vient du titre de l'empereur romain, *parens patriae* ou père du peuple[16], les principes laissant entrevoir la compétence moderne dans les codes romains ne sont pas toujours ce qu'ils semblent.

Les premières dispositions des douze tables concernant les « idiots », les juristes romains ont développé la doctrine de la soumission à l'autorité d'un autre. Le droit de propriétaire légitime (sui juris), soit le pouvoir de conclure des contrats officiels, a été obtenu à l'émancipation du père ou du tuteur (annexe)[17]. Les femmes sont demeurées sous l'autorité d'un autre ou de leur tuteur légal pour conclure des contrats. Le droit romain était structuré sur les deux concepts de tutelle, ses formes, ses limites, pouvoirs, devoirs et exonération[18] et le pouvoir (potestas), état quasi-magistral appartenant au père de famille (voir plus loin). La structure a émergé dans les Douze tables, a été élargie et redéfinie par les juges et le Sénat et codifiée sous Justinien au VI[e] siècle. Exclus comme gardiens et inclus comme pupilles étaient les sourds et les idiots ainsi que les fous. Les fous se distinguaient des idiots dans la doctrine du soin des insensés (*cura furiosa*) reconnaissant la possibilité de cure ou d'au moins de moments lucides, et la tutelle était abandonnée en conséquence. Le droit romain allait plus loin que le droit anglais en assimilant les dilapidateurs à des déséquilibrés (*non compos mentis*) et donc, à des fous furieux[19]. Après le troisième siècle avant le règne de Constantin, le droit romain dépendait beaucoup moins

de la loi que des édits des préteurs élus ou des juges de niveau supérieur. Les édits ou jugements, souvent comprenaient un alinéa exposant les circonstances dans lesquelles un acte connexe serait considéré, avec un modèle. De cette façon, on établissait de nouveaux types de contrat de vente ou de recrutement. L'édit était un des grands facteurs de jugement juridique et selon Cicéron (106 à 43 avant Constantin), était désormais la base du savoir et du développement juridique[20]. À l'exception de cette brève période, la réforme des préteurs était plutôt fractionnaire et le processus législatif demeurait lourd et d'origine politique[21].

La compétence des préteurs a augmenté dans le contexte de la famille (*familia*), laissant entrevoir un dernier règlement en faveur des origines romaines du parens patriae. Même si le ménage médiéval ressemblait à la « familia » en ce qu'il comprenait les parents, les esclaves et les serviteurs[22], c'était une structure sociolégale particulière à la société romaine. La « famille » était dirigée par le « père de famille » dont le pouvoir ou pouvoir magistériel sur tous les membres, femme, enfants, esclaves, parents adultes, comprenait les punitions corporelles, la peine de mort et l'exposition des nouveau-nés, et il représentait la famille en public. La famille était le siège du culte romain des ancêtres, tel que personnifié dans les dieux domestiques, « *lares* » et « *penates* » ou pénates. L'un des premiers devoirs du préteur était de permettre à un légat, au décès du père de famille, de s'acquitter des rites nécessaires concernant les pénates, qui présidaient aux réserves de la famille[23]. Les pouvoirs paternels ont diminué progressivement (voir l'annexe, « Protection des enfants et bien-être des enfants »)[24] et les recours juridiques pour les membres du ménage sont devenus plus nombreux. Il est tentant de voir dans ces origines familiales du pouvoir judiciaire en droit romain une analogie avec la compétence équitable du parens patriae, mais cela, également, demeure problématique[25].

> La notion commune que les préteurs exerçaient une compétence d'équité doit être traitée avec prudence, car il n'existait fondamentalement qu'un seul système de tribunaux... et les innovations [de l'édit] n'étaient pas plus précisément équitables que dans la plupart des lois ... Les recours équitables des préteurs ne doivent pas être vus autant dans l'édit que dans le fait d'accorder des recours ponctuels, actions de fait (*actiones in factum*) et actions utilitaires (*actiones in utiles*) pour des situations non régies par les formes d'intervention précisées dans l'édit [et] en grande partie relevant des juristes. [Traduction]

Constantin affirmait en 316 : Il est de notre devoir et il est de notre prérogative juridique d'interpréter les questions touchant l'équité et le droit[26]. Compte tenu de l'histoire de l'époque, peut-être était-ce la pensée qui comptait.

Même si le droit romain a fortement influé sur le développement des doctrines de la common law, le droit civil du Québec en est le descendant direct. Le Code civil du Québec et le Code de procédure civile, dérivent du Code napoléonien qui, à son tour, vient du Code justinien. Contrairement au Code criminel, qui est essentiellement un résumé global de la common law et du droit, les Codes du Québec sont des codes véritables ou complets[27]. Dans l'affaire *V.W.* c. *D.S.* (1996)[28], la Cour suprême observe « *passim* » qu'il n'existe pas de compétence parens patriae à la Cour supérieure du Québec et que la Loi

sur la magistrature ne s'étend pas à cette province[29]. Citant Michel Morin[30], les jugements de droit civil :

> ont pu prendre en compte les intérêts de l'enfant sans qu'il soit nécessaire d'emprunter à un système juridique étranger... en droit privé international, le recours à la compétence parens patriae au Québec semble non souhaitable. Elle ajoute des critères superflus aux dispositions générales du Code civil et du Code de procédure civile. Tout bien considéré, nous croyons que les jugements fondés sur ce concept incertain font double emploi avec ce qui existe déjà en droit civil. [Traduction]

Si le parens patriae provient du droit romain, il s'étendrait alors aux juges en droit civil sans égard à l'évolution de la common law. Si tel n'est pas le cas, il est permis de supposer que les allégations d'origine romaine sont symboliques.

On ne peut prouver avec certitude que le parens patriae est une innovation du droit romain et un véritable précurseur de sa compétence en common law. Toutefois, la renaissance du droit romain au fil de l'histoire de la common law a laissé une marque indélébile sur les concepts de pouvoirs paternels et de vie privée de la famille, le développement du parens patriae et la définition d'incapacité juridique.

B. Incapable de dol

L'incapacité juridique, telle que définie au Code criminel canadien de 1892, rend compte du droit romain. La notion de capable de dol, c'est-à-dire la capacité de reconnaître le bien du mal, sous-tend le concept d'incapacité juridique. La personne qui est incapable de dol parce qu'elle est mineure ou est atteinte d'incapacité ou de trouble mental est relevée de sa responsabilité criminelle. Le concept de minorité en droit romain est particulièrement intéressant. L'enfance est un état qui surgit, mais pas instantanément. Par ailleurs, les enfants ne parvenaient pas tous au « potestas ». Le romain excluait du potestas les esclaves et les enfants sous le signe du fouet, symbolisant les punitions physiques[31] et les femmes sous « *manus* » ou seing manuel. Les fils adultes et autres parents mâles du père de famille pouvaient parvenir au potestas uniquement par affranchissement, soit par la mort du père, par son édit ou par édit judiciaire (voir annexe, « Émancipation »). Les enfants pouvaient être tenus criminellement responsables. Ce n'est qu'à l'instauration de la doctrine de l'enfance (*infantia*) en 407 Cons. que les enfants de moins de sept ans étaient jugés incapables de dol et à l'abri des poursuites.

Jusqu'au XIV[e] siècle, en common law, les enfants, les jeunes et les adultes étaient également soumis au plein poids des poursuites criminelles et des peines[32]. L'objet était de venger le mal fait et non de tenir compte de la capacité ou de l'intention du contrevenant. Par la suite, on accordait régulièrement des pardons dans les cas d'accident ou d'autodéfense. Puisque la culpabilité doit être établie avant qu'il y ait pardon, cette politique préservait la confiscation du chattel du défendeur au profit de la Couronne. Dès le XV[e] siècle, les enfants sans chattel étaient simplement acquittés pour des motifs

d'immaturité. Du XIV[e] au XVII[e] siècles, l'avènement de la puberté était l'indice d'une pleine capacité au sens du code criminel, capacité de dol. La puberté était établie par examen physique. La capacité criminelle des enfants prépubères doit désormais être établie d'après les faits de l'affaire. Dans les années 1600 émergeait un consensus judiciaire selon lequel les enfants de moins de sept ans ne devraient jamais être poursuivis, ce qui ressemble à la doctrine romaine de l'«*infantia* » et, peut-être, la rareté des méfaits graves que commettent les enfants en deçà de cet âge. Grâce aux dossiers de baptême, l'âge des jeunes contrevenants pouvait être établi sans examen physique, mais il n'existait pas de consensus judiciaire sur l'âge auquel fixer la puberté. Sir Edward Coke, juge influant du XVII[e] siècle, l'a fixé à quatorze ans. Même s'il prétendait sur ce point l'existence d'un consensus des tribunaux médiévaux, rien ne permet d'appuyer cela.

Coke pourrait avoir trouvé un précédent en droit romain. Ainsi, Justinien déclarait en 529 ceci :

> En abolissant l'examen indécent adopté pour vérifier la puberté des hommes, nous ordonnons que tout comme les femmes sont considérées être à la puberté après avoir atteint douze ans révolus, de la même façon, les hommes devraient être réputés avoir atteint cet âge de la puberté après leur quatorzième année révolue et l'examen corporel honteux de ces personnes est par la présente aboli [voir annexe].

Les enfants de moins de sept ans sont incapables de dol. De sept à quatorze ans, il faut établir cette capacité; par la suite, après quatorze ans, cette capacité est supposée acquise. Le régime de la common law est précisé aux articles 17 et 18 du *Code criminel* canadien de 1892. Le critère d'établissement de la capacité des enfants de sept à quatorze ans ressemble à celui de la folie : l'enfant doit être compétent et savoir la nature et les conséquences de sa conduite et savoir que cela était mal. Dans les annotations de Crankshaw aux premières éditions du Code, ce dernier explique qu'un enfant de sept ans est réputé être sans la moindre capacité de discerner le bien du mal ou le bon du mauvais. Cet enfant est *si absolument et si décidément* supposé incapable de commettre un crime que la présomption de son incapacité ne peut être rejetée (*dans l'original*)[33]. Pourtant, au Canada, un enfant de sept ans pouvait être jugé criminellement responsable et pendu[34]. Les tentatives, à partir de 1850, des tribunaux de la jeunesse de mitiger la capacité de dol par voie législative n'ont pas été particulièrement couronnées de succès[35]. Les limites claires fondées sur l'âge, en matière de responsabilité criminelle, demeurent contestées[36].

L'incapacité de dol excuse également de la responsabilité criminelle ceux qui souffrent de défaut de raisonnement, d'une maladie ou d'imbécillité naturelle. Dans l'Encyclopedic Digest de Halsbury (1911), dernier des Digests à comporter un chapitre sur l'État en tant que parens patriae[37], on cite les *Commentaries* de Blackwell : en common law, les idiots sont des personnes nées sans la moindre lueur de raison, et qui comprend les personnes nées sourdes, idiotes et aveugles; tandis que les fous sont des personnes privées de raison de façon temporaire ou permanente de leur raison, ou non saines d'esprit (*non compos mentis*) par maladie, douleur ou accident après la naissance. La disposition de 1892 repose sur le Code provisoire, lui-même fondé sur l'affaire *M'Naghten's* (1843)[38]

James Crankshaw a commencé à publier son code criminel annoté en 1894, à titre de manuel de l'élève[39] et guide du praticien, et cite largement le rapport des commissaires. Après l'analyse approfondie de l'incertitude sur la formulation des commissaires concernant la folie[40], Crankshaw établit des définitions d'imbécillité naturelle et de folie d'après en partie la common law britannique et en partie les données scientifiques de la fin du XIX[e] siècle[41]. L'article 19 du Code de 1892 s'applique aux personnes aliénées ou non saines d'esprit, [y compris] les idiots, les fous, les personnes atteintes de delirium tremens, les imbéciles, les personnes souffrant d'illusions et d'hallucinations, les monomanes et les maniaques homicides. Ces annotations reflètent les données scientifiques de son époque, mais, élément plus étonnant, le droit romain.

> IDIOTS — Personne non douée de raison depuis sa naissance et qui n'a aucun intervalle de lucidité. C'est une personne qui, par exemple, ne peut compter jusqu'à vingt ou savoir le jour de la semaine et qui ne connaît ni son père, ni sa mère, etc.
>
> DÉMENTS — Un dément est une personne qui a déjà eu la raison mais qui, en raison de maladie, de douleur ou d'autre cause, l'a perdue. Le terme s'applique particulièrement à ceux qui ont des intervalles de lucidité et qui peuvent, au regard de la loi, recouvrer la raison. ...
>
> IMBÉCILES — L'imbécillité peut être physique ou mentale. L'imbécile est une personne faible, impuissante, diminuée de corps ou d'esprit. L'imbécillité mentale est une faiblesse de l'esprit due à un développement défectueux ou à la perte de facultés et peut exister à divers degrés entre les limites de l'idiotie absolue et la capacité parfaite.

Tremeear, dans son code rival, néglige ce genre d'analyse, résumant plutôt le critère d'aliénation tel qu'établi dans l'affaire type *R. c. Riel* (n° 2) (1895)[42].

> Sans preuve à donner au jury, le prisonnier ne peut être acquitté sur plaidoyer de folie. S'il peut y avoir en l'affaire quelque appel après condamnation, ce doit être pour la raison que la preuve est si étonnamment en faveur de la folie du prisonnier que le tribunal estimera qu'il y a eu erreur judiciaire, qu'un pauvre être illusionné, irresponsable, a été déclaré coupable d'un acte dont il ne pouvait pas être responsable s'il était privé du pouvoir de la raison lorsqu'il a agi... [Traduction]

Il ne faut pas s'étonner que le visionnaire chef métis ait rejeté ce qualificatif de pauvre être irresponsable et illusionné et qu'il a plutôt été pendu pour trahison.

La distinction entre une maladie de l'esprit et l'imbécillité naturelle a été abandonnée en 1991 dans ce qui est actuellement l'article 16 du Code[43]. Il est probable que la nouvelle rubrique de « trouble mental » remplaçant la folie continue à englober l'incapacité mentale, même si la question n'a pas été réglée par les tribunaux[44]. Les affaires récentes portant sur l'incapacité mentale reposent sur la présence d'une certaine forme de trouble mental pour l'établissement de la défense. Cela rend compte du vidage, dans les années 1960, des anciens établissements pour les fous criminels, où des milliers de résidants condamnés à perpétuité ne souffraient que de faibles handicaps mentaux et pouvaient facilement être

intégrés à la société. Dans la classification médicale actuelle (DSM-IV), on définit l'« arriération mentale » comme légère (50 à 55 jusqu'à environ 70); modérée (35-40 à 50-55); grave (20-25 à 35-40) et profonde (moins de 20 ou 25). On maintient ainsi les vieilles distinctions entre idiot et imbécile et sa sous-catégorie de débile, mais on remplace les termes chargés d'opprobre par un schéma mathématique.

C. Sortie des brumes de l'antiquité

Le droit romain ancien offrait peu d'appui aux lois. Des lois des derniers jours de l'empire, Ulpian[45] écrivait :

> La décision de l'empereur a force de loi. Cela est parce que la loi royale adoptée concernant son pouvoir, le peuple s'engage à lui confier sa propre autorité et son propre pouvoir. Tout ce que l'empereur a décidé par lettre et portant sa signature ou ce qu'il a décrété par arrêt juridique ou prescrit par un édit a sans nul doute force de loi. C'est ce que nous appelons habituellement des « *constitutiones* » (constitutions). [Traduction]

En common law, ce que confirme la loi *Praerogativa Regis*[46] (*vers*1255-1290)[47], le roi détenait les terres appartenant aux idiots, sous réserve qu'elles soient rendues à leurs héritiers à la cessation de la tutelle, ainsi que la garde des terres appartenant aux fous, sous réserve que le fou et sa famille soient maintenus et que les terres soient rendues, si le fou revient à la raison, rendant compte de la doctrine romaine de la cura furiosa.

Le souci du droit romain à l'égard de personnes de bien était également vrai en Angleterre médiévale à l'époque où, dans la description d'un tribunal de West Virginia[48] :

> une bonne part des revenus du souverain provenait d'incidents féodaux découlant du contrôle assumé par le roi sur les personnes frappées d'incapacités, les plus connues étant les tutelles et les mariages d'héritiers mineurs [et] il existait un marché ouvert prospère ressemblant assez au marché actuel des contrats à terme... [Les] premières analyses du *parens patriae* ne prouvaient aucunement la sollicitude du souverain envers le bien-être de sujets infortunés, mais plutôt le résultat du besoin de recettes du roi, combiné aux restrictions médiévales concernant l'aliénation de terres laissant des successions à vie précieuses aux mains de personnes nées incompétentes, dans un système de possession féodale, par opposition à [alleutière moderne] car, à cette époque, on peut dire avec ironie que la loi ne consistait pas à respecter les personnes. [Traduction]

Puisque, dans le contexte moderne, la dilapidation de ses propres biens, à quelques rares exceptions, est perçue comme la prérogative du propriétaire[49], l'assimilation que faisait le droit romain des dépensiers et des aliénés appuie la conclusion voulant que le droit romain se soucie avant tout des personnes de bien et non de la population en général.

> La doctrine primitive du *parens patriae* découlait de l'avarice et était appliquée sans esprit de charité. Les accolades romantiques que les rédacteurs victoriens et

> édouardiens comme Pollock, Maitland et Macaullay accordaient au droit médiéval pour la protection qu'il offrait aux classes laborieuses sont injustifiées... [Jusqu'au] premier quart du XX[e] siècle, monsieur tout le monde n'était rien vis-à-vis de la loi, malgré le dur labeur des réformateurs sociaux [et] les premiers développements du *parens patriae* étaient davantage une politique fiscale étatique qu'une doctrine humanitaire. [Traduction]

La complexité conjointe du droit romain, de la common law et des lois sur l'équité de la tutelle se reflète chez Halsbury[50]. Ainsi, la tutelle des enfants pouvait survenir dans la tenure en socage (successions féodales et, ultérieurement, tenure) par nature (pour un héritier manifeste), par coutume, par modèle, naturellement en tant que droit parental, par choix parental ou par désignation judiciaire. La tutelle est régie par le droit des fiducies. Les tribunaux supérieurs héritant de la compétence en équité de la chancellerie tranchent les questions comme la destitution d'un tuteur, l'éducation et le mariage d'une pupille et la gestion de la succession. Avec l'abolition, en 1660, des tenures féodales et de la Cour des tutelles et des mises en possession[51], les nouveau-nés, les idiots et les fous et leur succession ne relevaient plus de la protection féodale du Roi, mais de la Cour royale de la chancellerie. La tutelle a, graduellement, perdu son lien avec les biens et est devenue par nature purement prospective[52]. Les pouvoirs du chancelier n'étaient qu'administratifs, assortis d'un droit d'appel au Roi en Conseil, mais non à la Chambre des Lords. Les appels étaient acheminés à la Cour d'appel britannique, à la fusion de l'équité et de la common law réalisée par la *Judicature Act* (1873)[53]. Avec l'adoption de la *Idiots Act* (1886)[54] et de la *Lunacy Act* (1890)[55], la compétence parens patriae est devenue avant tout la créature de la loi, plutôt de la common law. En common law[56] :

> les handicaps d'un bébé et son incapacité juridique à gérer ses propres affaires font qu'il est nécessaire, pour la protection de ses intérêts et la gestion de ses biens, qu'il ait un tuteur... avec lequel il se trouve en relation de tutelle.

Même si le parens patriae est une compétence parentale et que la Cour de la chancellerie agit au nom de l'État en tant que gardien de tous les nourrissons[57], la loi allait devenir le principal véhicule de garde protectrice des enfants.

D. *Parens patriae* dans les tribunaux modernes

Tandis que les adultes jugés incompétents pouvaient être mis sous la tutelle du tribunal, seuls les enfants pouvaient être confiés à sa garde. Cela a changé en 1852 avec la *Act for the Relief of the Suitors of the High Court of Chancery*[58]. La garde des personnes et de la succession des personnes jugées idiotes, aliénées ou non saines d'esprit pouvait désormais être exercée sous seing manuel en vertu de la Loi. On rappelle l'analogie de compétence sur les enfants et les adultes dans l'affaire *Eve* (1986)[59], affaire de stérilisation non thérapeutique d'une femme de 24 ans frappée d'incapacité mentale. Le juge LaForest de la Cour suprême observe :

> La tutelle... est simplement un moyen par lequel la chancellerie exerce sa compétence *parens patriae* sur les enfants. De nos jours, le soin des enfants constitue le gros des travaux du tribunal dans l'exercice de la compétence *parens patriae* [et ces affaires] sont un guide solide pour l'exercice du pouvoir *parens patriae*, même chez les adultes. Il n'est donc nul besoin de recourir à des lois comme celles sur la santé mentale pour exercer sa compétence à l'égard des adultes. Pourtant, il faut faire la preuve de l'incompétence. [Traduction]

Puisque le parens patriae est évidemment de la compétence des tribunaux supérieurs, les incursions législatives dans ce domaine n'ont pas à être prises en compte, selon la Cour suprême.

Après un recensement de l'histoire judiciaire du parens patriae en Angleterre, au Canada et aux États-Unis, le juge LaForest tire la conclusion que cette compétence doit être exercée dans les meilleurs intérêts de la personne protégée, à son avantage ou pour son mieux-être. Les situations où ce pouvoir peut s'exercer sont nombreuses; la compétence ne peut se définir dans ce sens. Elle est par nature très rare et peut être évoquée dans diverses questions comme la garde, la protection des biens, les problèmes de santé, l'éducation religieuse et la protection contre les associations nuisibles; la liste est loin d'être exhaustive et le tribunal peut agir lorsqu'il craint un tort[60]. Même si la compétence n'est pas de portée limitée, le tribunal peut exercer sa discrétion uniquement pour faire ce qui est nécessaire pour protéger la personne à l'avantage de laquelle cette disposition a été prise et elle doit le faire avec grande précaution, redoublée si la question devient plus grave[61]. Le juge LaForest limite prudemment ses observations aux adultes. Existe-t-il un espace du parens patriae laissé à la discrétion équitable des tribunaux dans le cadre du groupe le plus gouverné, c'est-à-dire les enfants[62]?

L'affaire *Eve* a été mise à l'épreuve dans le procès *Winnipeg Child and Family Services (zone nord-ouest)* v. *D.F.G.* [1997 3 SCR 925]. G, jeune femme accrochée aux solvants, avait donné naissance à trois bébés dont deux souffraient d'un handicap congénital et qui étaient sous soins permanents. Une agence de protection de l'enfance a demandé la garde de G, alors enceinte de cinq mois avec ses quatre enfants, pour empêcher d'autres dommages au fœtus. Le juge Schulman de la Cour du ban de la Reine a octroyé l'ordonnance en vertu de la *Loi sur la santé mentale*, malgré l'opinion d'un expert selon lequel elle ne souffrait d'aucun trouble psychiatrique et, à titre de motif séparé, en vertu de la compétence parens patriae —, non pas sur G, mais sur son fœtus. La décision a été déboutée par la Cour d'appel du Manitoba et par la Cour suprême. Le tribunal a rejeté l'extension du parens patriae à un fœtus et maintenu la règle de la naissance vive en droit de la responsabilité civile délictuelle[63]. Le juge Lamer explique que le prolongement de la common law dans le domaine de la protection du fœtus dépasse la compétence des tribunaux. La rédaction des lois judiciaires est :

> limitée au changement progressif fondé en grande partie sur le mécanisme d'expansion d'un principe actuel à de nouvelles circonstances; les tribunaux n'étendront pas l'application de la common law si les révisions sont profondes et leurs ramifications, complexes... Le tribunal a devant lui un cas unique et des changements majeurs à la loi seraient prévisibles en tenant compte largement de la façon dont la règle fonctionnera dans la grande généralité des cas... dans une

> démocratie constitutionnelle, c'est la législature, soit le bras élu du gouvernement, qui doit assumer la responsabilité principale de la réforme du droit. S'il s'agit d'une faible extension de règles actuelles pour satisfaire aux exigences d'une nouvelle affaire et que les conséquences du changement sont facilement mesurables, les juges peuvent et doivent déroger des principes en place. Par contre, lorsque la révision est majeure et que ses répercussions sont complexes, le tribunal doit procéder avec une grande prudence. [Traduction]

La notion de parens patriae est donc très élastique. Même si ses limites et origines sont vagues, il existe des limites à l'établissement de lois judiciaires, même sur ce point.

Même si, d'après le juge Lamer, il revient au pouvoir législatif de résoudre les questions sociales complexes, le juge LaForest n'évoque pas la suprématie, voire même l'ubiquité des lois parens patriae sauf en remarquant que le tribunal est lié par les lois en place. Dans l'affaire *Eve*, le parens patriae n'exige ni pouvoir statutaire, ni précédent strict, et les jugements antérieurs servent uniquement de guide. Sous réserve qu'il soit exercé pour le bien-être et l'avantage de la personne à l'égard de laquelle on demande redressement, le parens patriae peut être tout ce que la cour peut y trouver. Dans l'affaire *D.F.G.*, on limite la compétence aux affaires qui ne mettent pas en jeu de ramifications socio-économiques complexes et ne jouent pas contre les intérêts de liberté de la personne visée. L'affaire aurait-elle été tranchée différemment si la protection parens patriae avait été demandée pour G elle-même plutôt que pour son fœtus? Ou si elle avait été une adolescente à laquelle le SCF avait refusé ses services? N'y a-t-il aucune place restante pour des cas non orthodoxes dans les principes parens patriae?

Dans l'affaire *Eve*, on pose la question de savoir qui parle pour les adultes réputés incompétents à agir dans leurs propres intérêts. Eve ne peut parler, la mère qui en prend soin ne peut parler et l'État refuse de parler, du moins lorsqu'il est question de la zone historiquement suspecte de la stérilisation et de la problématique juridique du contrôle de la reproduction. L'incapacité de consentement est la véritable question soulevée en l'occurrence. Une note accessoire à ces jugements est l'histoire difficile des relations entre le tribunal et le pouvoir législatif, la common law et la loi. C'est ce que nous verrons dans ce qui suit.

III. La Loi iconographique et la common law élastique

A. Le concours

> La common law d'Angleterre a connu le même sort que les autres édifices vénérables de l'antiquité que des hommes ardents et inexpérimentés ont essayé de rajeunir et de raffiner, avec toute la rage des perfectionnements modernes... [Sa] symétrie n'est plus, ses proportions sont faussées et sa simplicité majestueuse a

été troquée pour des embellissements douteux et des vogues fantastiques. [Traduction]

Blackstone[64]

La loi et la common law sont les sources reconnues du droit canadien. Le développement progressif et sans éclat de la common law, sauf si on l'éclaire par des faits horribles et de prétendues inexactitudes de peine[65], rebute à l'examen public dans la vaste majorité des cas. L'évolution de la common law se décrit comme fragmentaire et autocorrectrice[66]. Comparativement, la loi est fortement visible. Les lois parens patriae sont encore plus visibles aux yeux du public en raison des questions affectives et des pressions sociales qui procèdent à ses origines. Les lois sociales ont le pouvoir iconographique de définir l'État, par exemple, comme un État de loi et d'ordre ou un État de mieux-être social ou un État libéral neutre répondant simplement aux désirs des citoyens.

Même si on sait maintenant que la common law est un complément nécessaire aux lois du Parlement, historiquement, les deux sources de droit n'ont pas fait bon ménage. Au XVIII[e] siècle, Blackstone, cité plus haut, utilise une métaphore architecturale rendant compte de la reconstruction, dans ce siècle, des grandes demeures publiques par les nouveaux riches, apportant des améliorations en vogue modifiant ou détruisant leur intégrité architecturale. Ainsi, les lois ne sont que des perfectionnements, ornements inutiles de la common law [et] embellissements douteux et modes fantasques [insérés] avec toute l'énergie des améliorations modernes. Établissant sa métaphore, Blackstone allègue que la loi échoue lorsqu'elle s'éloigne de la structure de la common law[67]. Sir Francis Buller, citant le juge Wilmot de la Chancellerie, utilisait une métaphore horticole, alléguant en 1787 que les lois du Parlement, comme un tyran puissant qui ne connaît aucune limite... écrasent tout ce qu'il avait auparavant, sauf la common law, d'une main insouciante... déracinant ce qui est mauvais et laissant ce qui est bon[68]. Blackstone, à l'aide d'une autre métaphore, préconisait une science de la loi. Elle comprendrait, dans les mots de David Lieberman, une common law présentée avec élégance et un système vraiment rationnel et structuré de façon cohérente. Cela améliorerait la qualité des lois et les intégrerait mieux à la structure et à la sagesse de la common law. La rivauté de longue date entre le Parlement et les Tribunaux sur l'élaboration et la réforme du droit est apparente dans ces débats.

Jeremy Bentham fondait son *Pannomium* non sur la supériorité de l'une ou l'autre source de droit, mais sur le fait qu'il croyait que les lois parlementaires et la common law, prises ensemble, constituent un corps législatif complet et en outre, que toute loi, peu importe sa source, doit être digérée ou encore, pannomialisée, de sorte que l'on connaisse les contraventions à la loi[69]. Son domaine s'est élargi dans ses écrits ultérieurs à toutes les pratiques sociales et au système social lui-même comme fonctionnant par la volonté du législateur. La common law était un moyen nécessaire d'exécution de la volonté législative globale. La seule limite à la loi est le calcul du bonheur que le grand principe moral de l'utilitarisme garantit un bien optimal au plus grand nombre[70]. Même si le *Pannomium* n'a jamais vu le jour, son héritage durable était l'orientation vers un droit pénal codifié et sa réflexion d'une autre réalisation jurisprudentielle de Bentham, le positivisme juridique. Le positivisme juridique était un virage et un paradigme par rapport à la loi en tant

qu'émanation de la nature divine vers la loi en tant que produit des mortels. Cela a transformé le contexte de l'élaboration des lois et de la réforme du droit. Par contre, ce qui convient à une époque en empoisonne une autre, comme les réformes du Benthamisme aux droits des pauvres (voir plus loin) le laissent supposer. Le positivisme juridique, à la fin du XIX[e] siècle, est devenu simplement une autre limite au système de justice sociale judiciaire[71].

Les débats qu'a connus le XVIII[e] siècle découlaient de l'augmentation sans précédent du nombre de lois adoptées après la révolution de 1688 et affirmant la suprématie du Parlement. Périodiquement, les séances parlementaires annuelles intensifiaient l'exercice du pouvoir législatif constitutionnel du Roi au Parlement[72]. Les Parlements de William III (1689-1702) adoptaient en moyenne 58 lois publiques par an; ceux d'Anne (1702-1714), 78; de George I[er] (1714-1727), 58; de George II (1727-1760), 81; et de George III (1760-1820), 254, soit quatre fois le nombre des Parlements sous William III. Le nombre total de lois publiques dans cette période est de 12 485, dont 9 980 ont été publiées sous le règne de George III. Ces chiffres appuient l'affirmation des commissaires du projet de code britannique en 1878[73] :

> Dans les époques antérieures, lorsque les lois étaient gauches et rares, les pouvoirs [des juges de créer des délits criminels en common law] étaient peut-être utiles, voire nécessaires, mais tel n'est pas le cas actuellement. Le Parlement siège régulièrement et travaille autant et si la protection de la société exige l'adoption d'autres lois pénales, le Parlement y veillera sans retard.

La préoccupation de Blackstone concernant la pauvre qualité des lois trouve appui dans l'escalade des mesures législatives adoptées au XVIII[e] et au XIX[e] siècles. La loi était iconique tout comme la déclaration, par l'État, de délits contre la paix du roi. Cette iconographie volontaire en tant qu'emblème du pouvoir de l'État se reflète dans la multiplication des délits punissables de pendaison au XVIII[e] siècle.

B. Lois criminelles et trouble ou ordre social

> [La loi était désormais] un pouvoir en soi, aux prétentions plus élevées que celles du procureur, des avocats et même du juge d'assises dans sa pourpre intimidante. Pour eux également, bien sûr, la loi était la Loi. Le fait qu'ils l'aient réifiée, qu'ils fermaient les yeux à l'adoption quotidienne de loi du Parlement par des hommes de leur propre classe, amplifiait l'illusion... En bref, sa véritable inefficacité, son formalisme absurde faisaient partie de sa force en tant qu'idéologie[74]. [Traduction]

D'après les observations de Lieberman, nulle part la croissance de l'appareil législatif n'a été plus étonnante que dans le secteur de la politique pénale au XVIII[e] siècle[75]. Dans son discours de 1819 à la Chambre des communes, Thomas Fowell Buxton recensait 223 lois prévoyant des peines capitales, dont 150 délits criminels connus ont été rendus passibles de la peine capitale au XVIII[e] siècle. L'augmentation des pendaisons était telle que William Eden, en 1771, se demandait si l'objet principal de la loi en Angleterre ne

serait pas l'extirpation de l'humanité, mais Lord Hardwicke, responsable de la Highlands Act de 1747, imputait la cause à la dégénérescence des temps présents, où les êtres retors ne manquaient pas d'inventivité. Les lois prévoyant la pendaison étaient nécessaires pour supprimer les méfaits de plus en plus répandus.

Ces lois ne sont qu'une partie de l'énorme production législative de cette période. La dix-huitième édition du manuel des juges de Richard Burn, publié en 1797, était trois fois plus volumineuse que la première édition, celle de 1775. Selon Alexander Hamilton, en 1788, dans le contexte des nouveaux États-Unis, un code législatif volumineux est l'un des inconvénients nécessaires pour obtenir les avantages d'un libre gouvernement[76]. Les lois prévoyant la pendaison doivent être perçues dans ce contexte de « gouvernementalité ». Dans leur adoption et dans leur application, ces lois étaient des icônes du pouvoir de l'État, autant un outil de l'État mercantile que la crue volumineuse des lois civiles.

Le pouvoir des guildes et des classes marchandes d'influer sur le Parlement pour qu'il fasse qu'un délit soit punissable de la peine de mort, par exemple le vol d'une dentelle de Bruxelles par les va-nu-pieds du port, confirmait la suprématie des marchands dans le nouvel État. La pompe et la majesté des assises sanglantes, avec ses juges en apparat, accompagnés par l'élite des dames de la place, et l'espoir fugace du pardon par prérogative royale ou commutation de sentence, tout cela servait autant le spectacle de l'exécution, les têtes couronnées, les corps enchaînés et les chroniques instructives sur la vie des félons pour contrôler la société en l'absence de police publique[77]. Les tribunaux interprétaient strictement et à la lettre les lois pénales laissant tomber des poursuites bien fondées sur des défauts mineurs sous forme de condamnation en désignant la profession de l'accusé comme fermier plutôt que timonier. L'insistance sur la perfection procédurale a renforcé la place idéologique de la loi dans la culture populaire. Non seulement la loi était-elle au-delà du pouvoir du peuple, mais les juges eux-mêmes étaient également impuissants devant elle. Les appels à l'ordre social provoquent l'adoption de lois pénales. En retour, ceux qui en sont visés, les femmes, les enfants, les pauvres, les exclus sociaux, deviennent alors les sujets des mouvements de réforme sociale et des lois protectrices visant à éradiquer la criminalité. Les lois criminelles sont liées au concept de parens patriae.

Dans l'adoption de lois pénales, les tribunaux prenaient parti avec le Parlement. Dans l'affaire *Sedley's* (1663)[78], la Cour du ban du Roi soutenait que le tribunal, en tant que gardien des mœurs des sujets du Roi et héritier des pouvoirs de la Chambre étoilée, peut créer des délits criminels à partir de conduites menaçant la paix du Roi. Le débat a atteint son point culminant dans le projet de code de James Fitzjames Stephen de 1878 pour le Foreign Office britannique et dans le projet de code des commissaires de 1879, équivalant en substance à l'ouvrage de Stephen, qui était l'un des commissaires[79]. Stephen a fortement soutenu sa thèse pour l'abolition des crimes en common law[80] :

> Avec l'expérience des siècles passés et puisque le Parlement siège chaque année et s'occupe promptement de tout ce qui est susceptible de nuire aux intérêts publics, nous sommes sûrement à même de dire que le pouvoir de déclarer de nouveaux délits doit désormais être réservé au Parlement. Ce pouvoir qui, à

> certains moments, a été accaparé par les juges (déclarer de nouveaux délits) ne peut être utile désormais, quelle qu'en ait été la valeur auparavant. ... Il se produit des cas où l'opinion publique s'embrase violemment et se divise fortement afin que cette conduite soit tenue pour criminelle ou louable, selon les sympathies des partisans exaltés. ... L'existence persistante de délits non définis en common law est non seulement dangereuse pour les particuliers, mais peut également l'être pour l'administration de la justice elle-même. En leur permettant de continuer d'exister, nous courons le risque d'inciter les juges à exprimer leur désapprobation de conduites que, pour des motifs politiques, moraux ou sociaux, ils estiment punissables en déclarant par leur simple autorité que cela constitue un délit en common law; à mon avis, rien n'est plus susceptible de placer la cour dans une position plus délicate ou faire davantage pour en ébranler le pouvoir[81]. [Traduction]

À l'article 5 du projet de code des commissaires de 1880, il est stipulé que, pour l'avenir, tous les délits font l'objet de poursuites, soit en vertu du Code ou d'autres lois, *mais non de la common law*[82].

Les juges britanniques révisant le rapport des commissaires sur le projet de code se sont opposés à cette innovation. Le baron Parke fondait son objection sur le risque de confiner les dispositions à l'encontre des crimes à des adoptions et abrogations de règles de la common law claires et bien comprises. La common law a[83] :

> l'avantage incalculable de pouvoir s'appliquer à de nouvelles combinaisons de circonstances, ce qui arrive constamment, sur lesquelles on peut trancher lorsqu'elles se produisent, par inférence ou analogie et d'après les principes sur lesquels elles reposent. Peu importe le soin qu'on aura pris à définir des délits et à formuler des amendements proposés, il sera impossible de faire en sorte que les définitions englobent tous les cas qui peuvent survenir et, par conséquent, nombre d'actions, qui sont criminelles et tombent étroitement à l'intérieur des principes des règles de la common law, ne seront plus punissables, *tandis que si la common law demeure*, elle peut légalement et à juste titre être appliquée à ces actes. [Traduction]

C'est la position adoptée dans le Code criminel de 1892. Évoquant le projet de loi à la Chambre des communes du Canada, Sir John Thompson affirmait à la législature que la common law demeurera en place et utilisée et qu'à cet égard, le code... disposera de la souplesse tant souhaitée par ceux qui s'opposaient à la codification de principes généraux[84]. Il n'en a pas été ainsi dans le nouveau Code canadien. Crankshaw explique que le Code préserve la common law en autant qu'elle permet une DÉFENSE... dans les cas non expressément prévus, mais en outre autant qu'elle peut permettre DES MOTIFS DE POURSUITE dans les cas non expressément prévus[85].

La question a été tranchée de façon quelque peu ambiguë par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Frey c. Fedoruk* (1950) 51[86]. Le juge Cartwright écrivait :

> À mon avis, il est plus sûr de soutenir que personne ne sera reconnu coupable d'un crime à moins que le délit dont il est accusé soit reconnu comme tel dans les dispositions du *Code criminel ou qu'il puisse être établi en vertu d'une affaire consignée en tant que délit et infraction connue à la loi.* Je crois que si une

> conduite doit désormais être déclarée criminelle..., cette déclaration doit émaner du Parlement et non des tribunaux [nous soulignons]. [Traduction]

Les amendements subséquents au Code criminel, en 1955, ont passé outre même à cette protection des crimes connus en common law, en abolissant tout simplement le tout. À l'article 9 du Code criminel, il est désormais stipulé que « nul ne peut être déclaré coupable ou absout... [d']une infraction en *common law* ».

C. Lois sociales et réforme du droit

> Analyser les dons d'aumône est impardonnable... c'est un mécanisme patent de fabrication de pauvres chez ceux qui n'ont rien et ne se soucient pas de l'avenir. Une loi sur la pauvreté est une machine législative de fabrication de pauvres. Il est davantage compatissant de dire qu'il vaudrait mieux que quelques-uns meurent de faim que de créer une classe de pauvres[87]. [Traduction]
>
> *The Globe*, 1874

Du point de vue pratique, les tribunaux conservent leurs pouvoirs de création de loi, en droit privé, créant des délits et des principes de responsabilité contractuelle et façonnant des normes judiciaires d'application des grands critères législatifs relevés dans les lois sur le parens patriae. Ces lois sont actuellement présentées comme des mesures préventives, contre la criminalité, la maladie, les troubles sociaux et la fomentation de mécontentements, et de la même façon, en droit pénal, arrivent à une visibilité iconique. Les lois sociales mettent ensemble

> des domaines du droit qui, au-delà de leur définition traditionnelle en droit public et privé, correspondent à des nouvelles formes d'intention de l'État. L'un des points communs aux lois [de ce genre] est qu'elles se présentent comme des mesures de protection qui supposent la création d'institutions, de structures et de mécanismes afin de prévenir l'injustice, de corriger des situations et de garantir à leurs bénéficiaires un état de bien-être économique, social et culturel[88]. [Traduction]

Des près de 10 000 lois publiques adoptées sous le règne de George III, aucune n'introduit de nouvelles lois sociales. En fait, avant le règne de Victoria (1837 à 1907), on n'a recensé que deux lois de ce genre, c'est-à-dire la *Poor Relief Act* de 1601 (Loi d'aide aux pauvres) et la *Act of Settlement* de 1662 (Loi de règlement)[89]. Les benthamites britanniques et les libéraux réformistes du début du XIX^e^ siècle croyaient que leurs efforts aboutissaient à des réformes législatives négligeables et inefficaces. C'est ce que confirmaient dans les années 1830 les commissions sur les Autochtones et la Loi sur les pauvres et, plus tard au XIX^e^ siècle, la rétrospective de Fabian et des libéraux réformistes concernant le XVIII^e^ siècle.

L'évaluation menée récemment des lois sociales adoptées à la fin de la période de Hanovre (1790 à 1840) laisse croire qu'il en était autrement[90]. C'est dans cette période que se sont forgés des liens entre les gouvernements locaux et central et que les organismes de bienfaisance ont réussi à faire traduire en lois publiques les priorités privées. C'était

l'origine d'un système radicalement différent de formation des politiques qui voyait le jour au XIX[e] siècle, un ensemble complexe de stratégies politiques et d'influences culturelles qui ont rendu si influents les réformateurs individuels et les groupes de pression volontaires dans le secteur des lois sociales[91]. Avant 1820, les réformateurs comptaient sur les bénévoles pour sensibiliser la population et influencer les députés d'arrière-ban, mais après 1830, une élite réformiste presque bureaucratique s'est mise à compter sur des rapports officiels et sur des projets de loi déposés par les députés du premier rang (le cabinet). Les lois sur la pauvreté, l'éducation, les usines, la prison, la police et la réforme de la santé publique s'intègrent dans ce nouveau modèle de réformes sociales. Ainsi, on passait de la mobilisation de l'opinion publique à la mobilisation directe du gouvernement par un nouveau moyen, les commissions royales. Le pouvoir de la commission de réforme du droit était tel que Sir Robert Peel formulait à Sir James Graham, ministre de l'Intérieur :

> si vous instituez une Commission, vous stimulerez les espoirs les plus fervents et les craintes les plus sombres des factions rivales; la vérité sera exposée sous un éclairage probablement quelque peu exagéré et le gouvernement, remis en question à la vue d'une si grande difformité nationale, doit être prêt à servir un « remède » approprié. Les commissions ont leur maximum de force pour ouvrir la voie à une mesure très concertée, par exemple l'enquête relative à la Loi sur la pauvreté[92]. [Traduction]

La promesse d'une commission est une promesse de redressement législatif. L'avènement des commissions a marqué le déclin des députés d'arrière-ban et le déclin des Communes dans l'élaboration des lois sociales. Les discours de philanthropie, d'amélioration, de vertu se sont éparpillés dans les rhétoriques exclusives des benthamites et de l'économie politique[93], dans les calculs du bonheur des benthamites et les calculs malthusiens de pénurie, laissant les sentiments de la population derrière sur la voie de la réforme.

La législation sociale a connu un départ à la fin du XIX[e] siècle, siècle dont l'habitude de la réforme sociale et la dépendance des commissions royales, commissions d'enquête, comités parlementaires et législatifs et des régimes législatifs pour l'amélioration de la condition humaine ressemble notamment à notre propre situation. Dans son discours de février 1850 à la taverne Freemason de Londres, Charles Dickens fait la louange des champions pour qui l'enfance était devenue un rabougrissement, laid, plein de douleur; pour qui la maturité faisait la vieillesse et la vieillesse, l'imbécillité, pour qui la pauvreté était un jour le jour sans espoir et qui prétendaient, pour la métropole d'un pays chrétien, que tout cela serait corrigé et que le capital devait donner l'exemple d'humanité et de justice à tout l'empire[94]. L'affreux résidu des réformes des lois sur la pauvreté par les benthamites dans les années 1830, exposées précédemment dans *Oliver Twist*, sont un rappel qu'en matière de réforme sociale tout comme dans d'autres évocations de pouvoirs plus vastes, il faut être prudents dans ce que nous voulons. Le Canada devait plus tard se retrouver digne successeur de l'Angleterre et d'un avenir analogue à celui de l'empire et, comme le pensait Dickens, allait suivre la voie de Londres dans son approche aux problèmes sociaux.

Le grand projet de réforme sociale du XIX[e] siècle, respect des besoins fondamentaux, soins des nouveau-nés et des enfants, mesures touchant la maladie, l'invalidité et la vieillesse, même s'il était issu d'une religiosité primitive, devint le projet

« scientisé » de l'ère progressiste[95]. L'histoire des lois sur l'aide sociale au Canada est pavée d'échecs. L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 accordait peu d'attention au bien-être social. À la Confédération, les provinces initiales ont suivi trois modèles de prestation de l'aide sociale : l'église au Bas Canada, la Loi britannique sur les pauvres (administrée par les cantons plutôt que par les paroisses) en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick après 1759; et un pot-pourri de services dans le Haut Canada, où la législation sur la pauvreté était, par voie de loi, exclu de son patrimoine de la common law britannique pour la raison que les perspectives économiques étaient telles que quiconque voulait trouver du travail était capable d'en trouver[96]. Puisque cela n'était d'aucun secours pour les personnes invalides, on adoptait en 1849 des mesures législatives autorisant les municipalités à percevoir de l'argent pour les foyers destinés aux pauvres et aux invalides et, en 1874, la loi d'aide aux organismes de charité offrait un appui aux institutions pour les sourds, les aveugles et les handicapés mentaux[97].

Le régime réticent d'assistance publique de 1891 à 1940[98] a stimulé la création d'associations visant des réformes politiques, sociales, morales et économiques dans le contexte du mouvement de l'évangélisme social et du syndicalisme radical. Parmi ces associations, mentionnons la Women's Christian Temperance Union, le Conseil national des femmes, le conseil des services sociaux du Canada, les syndicats d'agriculteurs, les coopératives de consommateurs et d'agriculteurs et les sociétés radicales de travailleurs. Les projets de programmes d'accidents de travail, de santé publique et d'aide après la Dépression ouvraient la voie aux années d'explosion de l'état assistance publique de 1941 à 1974. On a institué des contrôles sur les loyers, les salaires, les prix et les matériaux et créé les allocations familiales pendant la Deuxième Guerre mondiale. Le mouvement travailliste militant et les chômeurs ont obtenu d'autres réformes dans les années 1950. Ces années ont amplifié la menace communiste, envisagée dans le *1984* d'Orwell comme une vie paranoïaque dans une société hypersurveillée où l'État n'est pas le parent bienveillant du pays, mais le Grand Frère (Big Brother) sadique aux gros bras s'en prenant à tous les citoyens. La décennie a connu le sommet des lois sociales dans l'état assistance publique canadien[99] et ses beaux jours du socialisme sous Edgar J. Hoover et sa « mission » de cartographier le monde libre[100]. L'assurance maladie est née en Saskatchewan sous le gouvernement du premier ministre NPD Tommy Douglas en 1961, donnant à la province une teinte décidément communiste dans le socialisme un peu tiède du Canada. C'était la dernière grande réalisation de la vision victorienne et de son contemporain Karl Marx[101].

IV. L'enfant statutaire du *parens patriae*

A. Protéger les enfants

S'il y a une différence de caractère ou de besoins entre l'enfant négligé et l'enfant délinquant, elle est minime. C'est souvent un simple accident qu'il soit amené

> devant le tribunal parce qu'il erre ou est hors de contrôle ou qu'il a commis quelque délit. Négliger [de lui donner une formation morale] aboutit à la délinquance et la délinquance est souvent le résultat direct de la négligence [morale]. [Traduction]
> Réformateur britannique anonyme, 1927

La première législation sociale importante en Angleterre était une série de lois adoptées entre 1536 et 1601 et constituant les lois des pauvres des Tudor (Tudor Poor Laws). En vertu de ces lois, la paroisse, par ordonnance judiciaire, devait recevoir ou prendre les enfants des parents errants, décédés ou dans le dénuement et leur faire apprendre un métier, avec l'objectif de les mettre en pension dans une « bonne » famille de classe moyenne[102]. L'impératif de la socialisation morale des enfants provenait de la nécessité de créer un état bourgeois pour la main-d'œuvre spécialisée dans une société en industrialisation, ainsi que de la crainte qu'imposaient les enfants non socialisés pour la stabilité civile et l'ordre public. Pendant plus de deux siècles, ces lois étaient la seule expression législative de la responsabilité de l'État à l'égard des enfants non nantis. La réforme morale et le philanthropisme du XIX[e] siècle étaient, de la même façon, motivés par la menace des enfants non socialisés, dans une atmosphère de panique morale ou la crainte et le sentimentalisme s'en mêlaient[103]. Les noms de deux sociétés établies à Londres, la Philanthropic Society for the Prevention of Crimes and the Reform of the Criminal Poor, by the encouragement of Industry and the Culture of Good Morals, among those Children who are now being trained up to Vicious Courses, Public Plunder, Infamy and Ruin (1788) [société philanthropique pour la prévention de la criminalité et la réforme des pauvres criminalisés par l'encouragement au travail et la culture de bons principes moraux chez les enfants qui sont actuellement sur le chemin de la perdition, du saccage public, de l'infamie et de la ruine] et la Society for Investigating the Causes of the Alarming Increase of Juvenile Delinquency in the Metropolis (1815) [société d'enquête sur les causes de l'augmentation alarmante de la délinquance juvénile dans la métropole], en sont la preuve[104]. Ces sociétés fondaient leurs méthodes de redressement sur le nouveau modèle d'asile remplaçant le modèle de pension extérieure de la loi sur les pauvres. Le modèle d'asile, dont on trouve un exemple dans l'école industrielle, rassemblait les enfants dans des institutions où on pouvait leur enseigner des codes de comportement, le christianisme et des techniques de travail en usine.

L'orientation de la gestion de l'enfance dans l'Empire était fixée dans deux rapports, l'un de 1834, *Report from His Majesty's Commission for Inquiring into the Administration and Practical Operation of the Poor Laws* [rapport de la Commission d'enquête de Sa Majesté sur l'administration et le fonctionnement pratique de la loi sur les pauvres] et l'autre de 1837 de la Chambre des communes, *Report of the Select Committee on Aborigines* [rapport du Comité spécial sur les indigènes]. Le Comité spécial sur les indigènes était chargé d'enquêter sur les habitants autochtones des pays où existaient des établissements britanniques... afin de promouvoir la propagation de la civilisation parmi eux. La commission d'enquête sur la loi des pauvres s'occupait des problèmes des exclus en Angleterre. Dans les deux rapports, on recommandait des superviseurs ou protecteurs spéciaux, on préconisait des programmes de formation axés sur des emplois de bas niveau et on insistait sur l'assimilation de leurs cibles respectives dans la société en général. Dans les deux rapports, on insiste sur l'enfance et sur la nécessité d'éduquer, de civiliser et de christianiser les jeunes pauvres ou les indigènes. Ainsi que l'écrivait le Comité spécial sur

les indigènes, la véritable civilisation et la chrétienté sont inséparables, la première ne pouvant être trouvée que comme fruit de la seconde. L'identification de la chrétienté avec la citoyenneté était la marque du mouvement de sauvegarde des enfants et l'une des priorités de l'asile ou orphelinat, de l'école industrielle, du système scolaire public canadien et des écoles résidentielles indiennes, qui relevaient tous d'une certaine régie statutaire au XIX[e] siècle.

Une pléthore de sociétés de sauvetage des enfants est née en Angleterre pendant cette période, aboutissant aux premières grandes innovations législatives depuis la loi sur les pauvres, c'est-à-dire une *Loi* visant à mieux organiser le soin et l'éducation des enfants errants, non nantis et désordonnés et l'expansion des écoles industrielles (1854, augmentée en 1861; fusionnée en 1866). Les enfants de moins de quatorze ans qui étaient pris errant, mendiant ou fréquentant des voleurs, les enfants de moins de douze ans accusés d'un délit criminel, les enfants que les parents avaient déclaré incontrôlables et, ultérieurement, les enfants truands évadés des écoles régulières et de l'école du dimanche, étaient placés dans les écoles industrielles. La *Children Act* (Loi sur les enfants) de 1908 regroupait les écoles de réforme et les écoles industrielles sous une seule administration. Ainsi que le mentionnait le réformateur de 1927 cité précédemment, il n'y avait pas lieu de faire une distinction entre l'enfant en péril et l'enfant dangereux. Aux fins de la protection des enfants, il n'était pas pertinent de savoir si l'enfant avait mal agi ou s'il avait subi de mauvais traitements, car dans l'un ou l'autre cas, cela était signe d'une criminalité en devenir.

L'urbanisation du Haut Canada après 1850 a suscité des craintes que naisse une sous-classe de criminels, en raison de la visibilité croissante des va-nu-pieds et des égarés et des solutions législatives et de panique des Britanniques[105]. Au Canada, comme en Angleterre, les lois sociales régissant les foyers, usines, écoles, organismes de bienfaisance et institutions publiques pour enfants, ainsi que la protection de l'enfance, ont été adoptées avant 1911. Le *leitmotif* du mouvement de protection de l'enfance aux États-Unis et au Canada a été, pendant un siècle, l'affaire Mary Ellen de 1874. Une dame Wheeler de New York s'est inquiétée d'un enfant battu et négligé par sa parenté, mais il n'existait pas suffisamment de preuves pour faire intervenir la police et le service des œuvres de bienfaisance (Department of Charities) ne pouvait interférer avec la garde légale[106]. La Society for Prevention of Cruelty to Animals (société protectrice des animaux) est intervenue avec succès en plaçant la protection des enfants sur le même pied que la protection des animaux. Même s'il est probable que l'affaire a été montée par les journaux, elle a suscité la création de l'Association humanitaire qui, dans ses contreparties canadiennes et britanniques, a représenté les animaux et les enfants jusqu'au tournant du siècle. Même si l'État pouvait s'occuper d'un enfant en vertu de la Loi sur les pauvres, seules les blessures morales, c'est-à-dire perversion de la pureté innée des enfants, importaient. Même le mouvement anti-cruauté de l'époque victorienne se concentrait sur la criminalisation des cas de mauvaise conduite des parents, plutôt que sur la protection des enfants. Les parents qui blessaient ou tuaient leurs enfants étaient déjà passibles de poursuites criminelles en fait comme en droit ainsi que le montre l'étude menée par Pollock sur les comptes rendus des journaux de 1785 à 1860[107]. Il est possible que les poursuites aient été peu fréquentes et difficiles[108] et les lois de protection de l'enfance du XIX[e] siècle

en Angleterre et au Canada, peut-être en compensation, fixaient des peines criminelles à l'endroit des parents des enfants trouvés dans ces conditions.

Les « règles » de la Liverpool Society for Prevention of Cruelty to Children précisent que l'organisme n'a pas été formé dans le but de loger, vêtir, nourrir les enfants ou pourvoir autrement à leurs besoins en permanence, mais plutôt pour augmenter, si nécessaire, et appliquer ces devoirs aux parents, tuteurs et autres personnes auxquelles on a confié la garde d'enfants. La *Prevention of Cruelty to Children Act* (R.-U.) [Loi sur la prévention de la cruauté envers les enfants] de 1889 définissait les paramètres des devoirs parentaux en faisant un délit du fait de maltraiter, négliger, abandonner ou exposer les enfants volontairement, si cela est susceptible d'entraîner des souffrances non nécessaires. Le mal était autant le tort spirituel aux abuseurs que les dommages physiques ou moraux subis par leurs victimes[109]. Ces thèmes étaient exprimés dans la *Children and Young Persons Act* [Loi sur les enfants et les jeunes] de 1969 et la loi qui l'a remplacée, la *Child Care Act* [Loi sur le soin des enfants] de 1980.

Au Canada, à la fin du XIX[e] siècle, les lois sur le bien-être des enfants s'inscrivaient dans le modèle d'un demi-siècle de normes parallèles de protection de l'enfance aux États-Unis et en Angleterre. La Confédération confirmait la responsabilité des provinces en matière d'enseignement et de protection de l'enfance. Le Manitoba, découpé à même les Territoires du Nord-Ouest en 1870, trois ans après la Confédération, a adopté en 1877 la *Loi sur les apprentis et les mineurs*, d'après les lois sur les pauvres de Tudor[110]. D'autres réformes suivirent celles de l'Ontario. Le mouvement ontarien de protection de l'enfance, dont le mentor était JJ Kelso, suivait les développements aux É.-U. et au R.-U. La *Humane Societies Act* [Loi sur la protection des animaux] offrant aux sociétés de protection des animaux le pouvoir de retirer un enfant de la garde des parents et tuteurs sous de nouveaux chefs de mauvais traitement a été suivie en 1888 par la *Children's Protection Act* [Loi sur la protection des enfants] grâce à laquelle les tribunaux pouvaient placer des enfants dans des institutions reconnues et le lieutenant gouverneur, nommer une commission pour les contrevenants juvéniles à la demande d'un conseil municipal. En 1890, Kelso a vu la nécessité de séparer sur les plans législatifs et de bienfaisance la protection des enfants et des animaux. La difficulté vient, d'après lui, d'éviter que les animaux et les enfants ne se retrouvent dans des situations incompatibles, les deux ayant des amis séparés et distincts[111]. Kelso a lancé une campagne en faveur d'un système de sociétés quasi-bénévoles d'aide à l'enfance régies par loi provinciale sous la devise : Il est plus sage et moins coûteux de sauver les enfants que de punir les criminels[112].

La loi ontarienne a été amendée en 1893, faisant de la négligence envers un enfant et de l'exploitation de celui-ci un délit punissable par une amende pouvant aller jusqu'à 100 $ ou trois mois de prison. Les enfants pouvaient être placés sous la responsabilité de l'une des 29 sociétés d'aide à l'enfance en place dès 1895. Ces sociétés pouvaient prendre les enfants, agir comme tuteur légal et sélectionner et surveiller les foyers nourriciers. Le Manitoba prenait la suite, instituant un système de sociétés d'aide à l'enfance en 1891 et adoptant dès 1898 sa *Loi sur la protection de l'enfance*. Le modèle des sociétés d'aide à l'enfance existe au Manitoba et dans les provinces de l'est, mais est absent plus à l'ouest. Les réformes ont continué à s'amplifier au Manitoba, comme ailleurs,

jusqu'au siècle suivant[113]. Au lieu d'une seule loi fondée sur les lois sur les pauvres de Tudor, dans la Loi manitobaine de 1877 (*Apprentices and Minors Act*), il y avait dès 1913 une multitude de dispositions législatives. Les agences pouvaient prendre les enfants en cas de délit des parents, notamment négligence et abus, conduite immorale; ou de délits des enfants, notamment vagabondage, truandisme, expulsion de l'école, menus larcins et exposition à l'immoralité. La décision judiciaire de la garde entre la société, représentant l'État, et les parents, a fini par grossir ces dispositions législatives plutôt vagues. Les règles de présomption mises au point par l'appareil judiciaire pour définir le « bien-être de l'enfant » et sa variante législative ultérieure « les meilleurs intérêts des enfants » invitent à la discrétion judiciaire caractéristique du parens patriae.

Les enfants nécessiteux, immigrants, orphelins, délaissés, pauvres, autochtones, seraient placés dans un environnement normalisateur, tout d'abord des écoles industrielles dans le nouveau modèle d'asile adopté au Haut Canada, progressivement éliminé par les foyers nourriciers à partir du tournant du siècle jusqu'aux années 1920, dans un retour inconscient au modèle des pensions à l'extérieur de la Loi sur les pauvres. Les enfants autochtones demeuraient prisonniers dans le modèle de normalisation des écoles industrielles et pourtant, le travail des autres enfants était exploité par les familles de remplacement « normales ». Environ cent milles enfants ont été envoyés d'Angleterre au Canada entre 1870 et 1925 comme travailleurs agricoles et domestiques, sous l'entrepreneuriat évangélique de sauveurs d'enfants victoriens comme le « Dr » Thomas Barnardo et l'infâme Maria Rye, sous les bannières de l'Empire et du sauvetage des enfants, de la santé et des perspectives d'avenir, d'autant plus qu'entretenir ces enfants coûtait cher et que le Canada avait besoin de main-d'œuvre bon marché et de « matériel » anglais. Dès les années 20, l'idéologie de l'aide sociale aux enfants était passée de l'arrestation des enfants à un régime thérapeutique appuyant l'unité familiale[114]. Des travailleurs sociaux professionnels et des spécialistes universitaires remplaçaient les bienfaiteurs amateurs du siècle présent et les lois prenaient le nom de services à l'enfance et à la famille. Les nouveaux objectifs ressemblaient aux anciens : éviter les dépenses actuelles et futures pour l'aide sociale publique et garantir la paix sociale et la stabilité en transformant les enfants dépendants en travailleurs industriels respectueux de la loi[115]. Cette nouvelle compétence rendait légitime le gauchissement des réformateurs du XIX[e] siècle[116]. On supposait :

> tout d'abord, que la forme naturelle, inévitable et la plus haute de la famille est un type particulier d'arrangement de ménage, une entité nucléaire comprenant deux adultes dans un mariage monogame hétérosexuel et légal et leurs enfants à charge; de plus, que la famille repose sur la division biologique et sexuelle du travail donnant à chaque membre un rôle différent mais complémentaire et les obligations assorties; en outre, la famille est un havre privé qui fonctionne sur le mode du consensus par opposition au domaine public du marché, où la concurrence et les conflits prévalent.

Cela avait des conséquences profondes pour les enfants autochtones qu'on ait omis des structures de liens de parenté, également conçues comme la « famille »[117]. La famille nucléaire présentée d'emblée dans la loi invitait à l'intervention dans les structures familiales qui ne correspondaient pas au profil progressiste[118].

Le mouvement évangélique pour la pureté sociale a été présent pendant toute la durée de la transition en société et en nation canadienne des années 1880 à la Première Guerre mondiale[119]. Le progressivisme donnait la primauté à l'hygiène morale, physique et sociale, à la religion et à la science, à l'État et à la philanthropie morale, dans une toile sans faille liant symboliquement nouvelle enfance et nouvelle nation. Les métaphores de pureté sociale provenaient de l'eau pure du Canada, de ses natures sauvages vierges et de son nord glacial. Le conférencier inaugurant la rencontre de 1896 du Conseil national des femmes disait : Ce vaste « Dominion », qui s'étend d'un océan à l'autre, si joliment doté par la nature [donne] tout ce qu'il faut, qu'il s'agisse de ressources naturelles ou de patrimoine racial, [que] l'avenir du Canada sera et doit être l'avenir doré d'une nation grande et puissante[120]. Ce patrimoine racial était blanc et Européen. Le travail d'aide sociale aux enfants, même s'il était de plus en plus régi par la loi[121], était privé, reflétant la dépendance de l'État libéral par rapport à l'initiative morale[122]. Le mouvement pour la pureté sociale ne partageait pas l'esprit de division en compétences disciplinaires caractéristiques du progressivisme britannique et américain, car le travail de bienfaisance, au Canada, a très tôt intégré une perspective scientifique. Même si le mouvement prenait des idées à l'étranger, parfois sans réfléchir à la situation canadienne, comptant les chambres de Winnipeg dans la conception « maléfique » des bas-fonds de Londres en matière d'abus sexuel des enfants, la pureté sociale avait pris une apparence proprement canadienne. Par son insistance sur la réglementation morale des enfants et l'élimination du vice et de la dégénérescence, elle ressemblait au bien-être social des enfants en Angleterre, mais l'objectif était de créer une nouvelle nation. Ainsi, [traduction] si le Canada doit donner naissance à une race impériale, ce ne sera pas des enfants élevés dans les bas-fonds, disait un ministre Anglican en 1912"[123].

Les lois sur la protection de l'enfance ont été perfectionnées au fil des ans. Les années 1960, la décennie de l'arrivée massive d'enfants autochtones dans un système de protection de l'enfance, ont été inaugurées par la découverte médicale de « l'enfant battu » au sens défini en radiologie pédiatrique. Si on lui a donné un nom médical, c'est pour éviter les conséquences pénales. Le débat bref mais intense des années 1960 a été réglé en faveur de la criminalisation[124]. Dans la refonte en profondeur de la législation, les définitions ont été élargies et on a désigné de nouvelles formes d'abus, abus affectif, abus sexuel notamment. L'abus sexuel des enfants a émergé dans les années 1970 en tant que question féministe, repoussant le système freudien d'abus sexuel en tant qu'imagerie, hystérie œdipienne où l'enfant imagine son père comme son amant. Le nouveau système féministe, comme l'ancien, se concentrait sur les enfants de sexe féminin blessés par des dominateurs masculins de leur famille, mais l'abus sexuel était désormais réel. Que les garçons puissent être victimes d'abus sexuel et que les filles puissent être victimes d'abuseurs hors de la famille, cela attendrait des études ultérieures. Les sanctions aux parents, favorisées par les Victoriens, auront été abandonnées dans les lois de protection de l'enfance, lors du passage de la protection du bien-être moral de l'enfant à la protection de son intégrité corporelle.

B. L'éclatement des icônes - écoles résidentielles et assistance publique aux enfants autochtones

> L'Indien parle parfois comme un enfant, mais il est loin d'en être un. C'est une race dans son enfance. Dans la mesure où l'analogie de l'enfance s'applique, ce qu'elle laisse entrevoir, c'est une politique qui attendra patiemment ses fruits, non après cinq ou dix ans, mais après une ou deux générations. Par contre, l'analogie est trompeuse... Il est vrai qu'il y a dans l'adulte l'impuissance d'esprit de l'enfant, ainsi que l'impuissance pratique; il y a aussi le désir de perspective de l'enfant, mais on n'y trouve que peu de la réceptivité de l'enfant et on n'observe pas toujours la malléabilité de celui-ci. L'une des premières conditions de l'enfance est absente, la suspension des passions... si l'on doit faire quelque chose avec l'Indien, il faut le prendre très jeune[125]. [Traduction]
>
> Nicholas Davin, 1879

La responsabilité concernant les Indiens et les terres qui leur sont réservées a été transférée au nouveau gouvernement fédéral en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (1867). L'ouverture de l'Occident aux établissements humains dans les années 1869-1870, au départ de la Compagnie de la baie d'Hudson, a nécessité des solutions rapides au « problème indien »[126]. En vertu d'une suite de lois sur les Indiens, les Indiens étaient pupilles du gouvernement fédéral, à être gardés loin des colons à mesure qu'ils foulaient la lente route vers la civilisation dressée par les lois. Leurs enfants devaient être soumis à un processus plus rapide de civilisation par les écoles résidentielles. D'après le modèle américain de civilisation dynamique, les écoles étaient des coentreprises de l'église et de l'État, les enfants fournissant une bonne partie des aliments et de la main-d'œuvre. Le rapport de Nicholas Davin a été accepté par le gouvernement du nouveau Dominion et mis en application en 1883[127].

On a écrit beaucoup sur les écoles. Voici à quoi ressemblerait un sommaire approximatif. Les premières années des écoles, l'église était agressive et donnait des punitions brutales pour avoir parlé la langue indienne ou en avoir manifesté la culture, mais cela s'est un peu adouci dans les premières décennies du XX[e] siècle. L'enseignement allait rarement au-delà des premières classes de l'élémentaire. Les enfants étaient pour la première fois exposés à des punitions corporelles. Dans d'innombrables comptes rendus, les élèves signalent des abus physiques, sexuels et affectifs extrêmes[128]. Les dortoirs étaient froids et étouffants et, dans les écoles de l'époque, la tuberculose emportait du tiers à la moitié des élèves. Toutefois, l'élément le plus destructeur à long terme était la séparation des enfants, certains n'avaient que trois ans, de leur famille et de leur culture pour la plus grande partie de l'année, ce qu'amplifiait le fait que l'école était étroitement isolée de la fratrie et non mixte. Les écoles ont échoué dans leur mission d'assimilation, mais ont offert un certain niveau d'enseignement où, pour certains élèves, l'expérience favorable a contribué au mouvement pan-indien en exposant les enfants aux cultures des différentes Premières nations et ont donné la plupart des leaders autochtones canadiens.

Le système a laissé une marque indélébile sur les familles par l'érosion du rôle des parents et des compétences et connaissances culturelles et par l'accroissement de l'abus de soi-même et des substances, ainsi que des partenaires et des enfants[129]. L'ouverture

des territoires du nord dans les années 1950 a mis au jour les dommages aux enfants et à leurs familles, mais les provinces ont refusé leurs services aux « enclaves fédérales » pour des motifs constitutionnels. La *Loi sur les Indiens* a été modifiée pour permettre l'application des lois provinciales dans la mesure où le permettait la Loi, invitation explicite aux services provinciaux d'assistance publique à l'enfance. Enfin, le partage des coûts a favorisé l'implantation sur les réserves des services provinciaux de protection de l'enfance. La distance géographique et culturelle évoquait le remède facile qu'était la prise des enfants. Les enfants autochtones ont été tirés de leur milieu en nombres records dans les années 1960 et 1970 afin d'être placés chez des parents nourriciers ou adoptifs non autochtones. Les enfants ont été placés hors de la province ou aux États-Unis et en Europe, particulièrement par les agences manitobaines. De la sorte, le suivi par l'agence était impossible et, virtuellement, niait tout statut et tout droit juridique et empêchait le rétablissement des liens culturels et de parenté. Tout comme l'école résidentielle, l'assistance publique aux enfants enlevait ceux-ci de leur famille et de leur culture.

Désormais, les provinces exigent la participation des Premières nations au mécanisme décisionnel en matière de protection de l'enfance[130]. Cette règle est appliquée dans sa plus large mesure dans le système manitobain des agences de protection de l'enfance financées par les Affaires indiennes et gérées sur un mode intertribus en vertu de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*. Cela n'a pas réglé le problème du pouvoir constitutionnel d'autodétermination. Des bandes signataires nient explicitement l'autorité provinciale dans les accords tripartites de fondation des agences. La préférence à l'égard du placement autochtone a fait que de nombreux enfants sont demeurés dans les limbes des foyers nourriciers. Les projets locaux de guérison et de protection recèlent la promesse d'approches mieux adaptées à la culture[131]. L'effet des lois de protection de l'enfance sur la condition des Autochtones, c'est-à-dire sur les enfants, les familles et leurs nations, sur leur image de soi et leur image devant les autres, permet de constater qu'il ne suffit pas de lire les lois. Il existe un gauchissement culturel inhérent dans la structure, l'approche et les remèdes des régimes législatifs. Les enfants des Premières nations ont été faits prisonniers dans une « déformation temporelle » constitutionnelle lors de l'élaboration des mesures de protection de l'enfance et ont assumé les conséquences de son intervention tardive. Cela ne revient pas à dire que les enfants seraient mieux sans ces mesures correctives, car des corps abusés n'absorbent pas la culture mais la culture de l'abus, mais plutôt qu'il faudrait injecter dans cet exercice législatif une note de prudence. La loi est en fait une solution rapide aux problèmes sociaux, mais ces problèmes, peut-on les définir par voie législative?

« L'enfance est le secteur le plus intensément régi de l'existence humaine », affirme Nikolas Rose, et la santé et l'éducation des enfants sont liées au destin national[132]. Le lien est manifeste dans la protection et l'éducation des enfants, la justice pour les jeunes, l'éducation des parents et les projets éducatifs de l'État[133]. La socialisation jusqu'à l'âge adulte n'est pas un résultat anthropologique universel, mais l'issue historiquement spécifique des technologies pour le gouvernement de la subjectivité des citoyens[134], étendant les préoccupations étatiques post-1700 concernant le recensement et le contrôle de la population et la citoyenneté en gouvernement intime[135]. Pour les gens des Premières nations pris dans le filet législatif de la réserve, l'école résidentielle et le système de protection de l'enfance, il semblerait que les régimes statutaires paternalistes aient en

majeure partie déçu les espoirs de l'humanitarisme colonialiste et des peuples que cet humanitarisme devait aider.

C. Le *parens patriae* et le « nouveau problème » de l'abus des aînés

> Un certain paradoxe de notre nature nous mène, lorsque nos concitoyens et concitoyennes sont devenus l'objet de notre intérêt éclairé, à en faire des objets de notre pitié, ensuite notre sagesse et ultimement, de notre pouvoir[136]. [Traduction]
>
> Lionel Trilling, 1950

> Aucune solution législative à l'abus des aînés ne sera adéquate. ... Le terme englobe une vaste gamme de problèmes et il faut recourir à des solutions appropriées aux différentes causes et aux différents facteurs de celles-ci[137]. [Traduction]
>
> Harbison *et al.*, 1995

Dès le début des années 1960, une série de découvertes sur les dimensions de la violence familiale ont remis en question la reconstruction de la famille après la guerre, à commencer par la découverte du syndrome de l'enfant battu. Cette étiologie a fait la lumière sur les développements subséquents dans le domaine de la violence familiale. Le problème des femmes battues a pris la vedette en raison du féminisme de base des années 1960 et 1970, entraînant des réformes au *Code criminel*, notamment les lois sur le viol, et des politiques de poursuite sans relâche en cas d'agression physique dans les années 1980[138]. L'abus des aînés ou « grand-parents battus » apparaît d'abord dans la documentation universitaire en 1975[139]. L'expression a été inventée par les journalistes britanniques et s'applique à la description d'actes aléatoires de violence contre les aînés dans les années 1970. Cela a d'abord été perçu comme une forme de rébellion de la jeunesse et, plus tard uniquement, comme la pointe de l'iceberg qu'est le problème de l'abus des aînés[140]. La mise sous tutelle et les interventions aux fins de la qualité de vie, dans l'existence des personnes âgées, fait partie des lois des États américains reposant sur le modèle *Older Americans Act* (1965), régime dans lequel l'abus des aînés pouvait facilement être intégré. Au Canada, les premières lois concernant l'abus des aînés ont été adoptées à Terre-neuve et, sous diverses formes, dans les provinces de l'Atlantique à la fin des années 70 et au début des années 80[141]. Même si l'abus des aînés en tant que cause sociale rendait compte du lien établi au XIX[e] siècle entre les gens ordinaires et les réformateurs professionnels, le mouvement initial n'est pas venu de groupes de la base, mais de gérontologues et de soignants professionnels.

Les seuils d'intervention varient énormément, de l'incapacité juridique (60 ou 65 ans), à la vulnérabilité induite par l'âge ou les cas d'abus, de négligence ou d'exploitation suscités par l'âge avancé. La tautologie est apparente. La définition, la typologie et les explications des causes de l'abus des aînés sont tirées de l'étude des autres formes de violence familiale. Comme les autres formes de violence liée à la famille, l'abus des aînés, dans ses définitions, comprend les abus physiques, affectifs et sexuels et diverses formes

de négligence et d'exploitation[142]. Ces lois sont analogues sous d'autres rapports à celles relatives à la protection des enfants en ce que nombre d'entre elles intègrent un critère des « meilleurs intérêts » et rendent obligatoire la déclaration d'un adulte ayant besoin de protection.

Les lois complètes sur la protection des adultes intègrent la tutelle, la curatelle et la protection des adultes. De ce nombre, la plus récente est celle de la Colombie-Britannique, la *Adult Guardianship Act* (Loi sur la tutelle des adultes)[143]. Cette Loi comporte l'équilibre le plus détaillé des droits procéduraux[144], mais établit également ce qui semble être le régime de protection le plus intrusif parmi ceux recensés. La Loi exige uniquement la déclaration de toute activité criminelle observée, non restreinte au crime visant le sujet de l'intervention[145]. Elle permet d'entrer en force sans mandat dans certaines circonstances sur la base de tout rapport d'abus. Le sujet peut alors être examiné par un médecin sur place sans consentement, si l'on soupçonne la contrainte ou l'incompétence, et peut être emmené de force pour être mis en sécurité. Même si la contrainte est éliminée en enlevant l'agresseur plutôt que le sujet, la Loi ne prévoit que l'enlèvement de la victime soupçonnée[146]. Si le sujet est réputé compétent, la Loi prévoit un autre stade d'intervention, c'est-à-dire la planification coopérative du cas. Même si le sujet peut rejeter cette planification, l'interférence grave déjà intervenue par suite de l'intervention non volontaire rend difficile l'exercice d'un choix véritable. L'autonomie et les droits procéduraux n'entrent en scène qu'après une perte importante de liberté par suite de la participation de l'agence. Même si la divulgation n'est pas obligatoire en vertu de la Loi, l'agence « doit » réagir à tous les rapports qu'on lui communique. Si l'on prend comme exemple les adultes que l'on voit dans les rues de toute grande agglomération urbaine et qui satisfont aux critères de vulnérabilité inscrits à la Loi, le mandat, pris littéralement, épuiserait à lui seul les ressources provinciales.

La nouveauté de ce genre loi et ses fondements professionnels rendent difficile l'analyse sociohistorique du classement possible en matière de protection de l'enfance, tout comme l'extrême variation dans les lois sur la protection des adultes. La rapidité de la réforme a permis d'introduire des concepts nouveaux, par exemple tutelle limitée, présomption d'autonomie et droits procéduraux. Même là, les pouvoirs draconiens d'intervention et les stéréotypes d'âge sont typiques de ces lois. L'âgisme se retrouve dans la retraite obligatoire et d'autres obstacles juridiques ou sociaux à l'indépendance financière et une dévalorisation fondée sur l'âge[147]. L'âge n'est pas perçu comme une fontaine de sagesse et d'expérience, mais comme l'effet d'une personne sénile et faible qui prend de la place et qui est si peu intéressante qu'un écrivain se demande, avec sarcasme, s'il ne serait pas du devoir des personnes âgées de mourir. Ces lois ne simplifieraient-elles pas l'écartement des adultes âgés sur une voie de garage? Son expansion récente à l'ensemble des adultes suffit-elle à masquer ce fait? Quelle est l'expérience des adultes auxquels cette loi s'est appliquée? Ce sont là des questions pour lesquelles nous n'avons pas de réponse.

En théorie, les lois sur la protection des adultes promettent une amélioration des conditions. La loi promet-elle davantage qu'elle ne peut donner? Pourtant, ces lois risquent d'être surutilisées, tandis que des mesures de moindre envergure suffiraient[148]. Dans un examen des lois de la Nouvelle-Écosse, c'est la constatation que les chercheurs ont faite.

Dans leur rapport, ils recommandent l'abolition du critère des meilleurs intérêts, car cela met les adultes sur le même pied que les enfants et offre une présomption d'incompétence. L'insistance sur la compétence est une source considérable de frustration pour ceux qui travaillent sous le régime de la Loi[149]. Faute de trouver une incapacité juridique, les désirs de l'adulte peuvent être le facteur décisif. La déclaration obligatoire doit être remplacée par l'autodéclaration. L'autonégligence et l'abus devraient être rayés de la Loi et l'abus, contré dans le contexte de la politique sur la violence familiale en tant que problème criminel. Les régimes unitaires couvrant tous les stades, du sauvetage à la planification du cas et à la prestation des services, à la participation de la police et de l'agence, unifiant la protection de l'enfance et la protection des adultes dans les buts et les remèdes, semblent une réponse souhaitable pour contrer la violence et l'exploitation. Aucun régime statutaire ne peut englober un domaine aussi diffus que la protection des adultes, où l'incapacité est présumée à l'encontre du courant juridique et social de présomption de capacité et l'audodétermination est compromise par le fait des tentatives de résoudre des problèmes étroitement liés au tissu social. Les pieds dans la porte accordés aux agences dans certaines mesures législatives est dans une « kodiak » statutaire[150]. Les précautions juridiques pourraient n'être guère que les limites d'un espace restreint et difficile à l'exercice du choix. La Commission manitobaine de réforme du droit a rejeté ces mesures législatives en faveur d'un régime limité d'ordonnances d'urgence et d'approches extrajudiciaires.

V. Le dilemme de l'intervention

> **dilemme**, n.m. Alternative contenant deux propositions contraires ou contradictoires et entre lesquelles on est mis en demeure de choisir.
>
> Le Robert, dictionnaire électronique

Les preuves des origines romaines du parens patriae sont réelles, mais non décisives. Le droit romain est fondé sur le pouvoir et sur son opposé, l'incapacité juridique et la tutelle, concepts emblématiques du parens patriae, mais la tutelle en droit romain ou féodal et des premiers temps de la common law n'était certainement pas la compétence gentiment méliorative supposée dans la réforme moderne du droit. Les innovations du droit romain sont moins proactives que restrictives des pouvoirs antérieurs, par exemple, concernant l'abandon des nouveau-nés et l'assassinat des fils (voir l'annexe, Protection de l'enfance). La tutelle en common law est passée des tenures féodales à la prérogative du Roi avec son commerce vif dans les tutelles avant 1680, jusqu'au transfert du parens patriae du Roi à la Chancellerie et de la Chancellerie aux tribunaux de common law. Les débats du XVIII[e] siècle mettant en opposition la common law et la loi voient leur solution dans la vision benthamitienne de la common law en tant que compétence partagée. L'élaboration judiciaire des lois a atteint un point culminant dans l'affaire *Sedley* et dans les dispositions du Code criminel de 1892, a subi une restriction aux lois judiciaires antérieures dans *Frey* c. *Fedoruk* et a été abolie tout simplement dans les réformes du Code en 1955. Les prétentions d'une compétence judiciaire parens patriae sur tous les enfants, au XIX[e] siècle, se retrouvent au XX[e] siècle dans les vastes régimes statutaires provinciaux.

Même dans les recoins de la discrétion parens patriae non établie par législation, il y a eu rétrécissement, comme dans l'affaire *Eve* à *R.D.G.*

Comme le font observer Moscovitch et Albert à propos de l'État canadien assistance publique et Valverde, du mouvement de pureté sociale dont il est à l'origine[151], le Canada est différent. Nous ne pouvons supposer que l'environnement de la réforme dans des domaines comme la cruauté envers les enfants, le problème des Indiens, des femmes battues et de l'abus des aînés était les mêmes aux États-Unis, au Royaume-Uni, au Canada ou au Québec. À la recherche des résultats statutaires de ces mouvements, il devient clair que les interventions pendant l'enfance, par exemple, étaient motivées par des priorités externes et parfois opposées au bien-être de l'enfant. Les lois sur l'abus des aînés et la protection des adultes soulèvent des questions analogues. Aidons-nous ceux qui ont besoin d'aide ou donnons-nous un sceau juridique aux stéréotypes et à d'autres abus par les mains de l'État?

La réforme du droit recèle la promesse d'un renouveau, de la mise en lumière de nouveaux programmes sociaux, de l'unification des disciplines dans une arène publique où on peut débattre de la réforme, la critiquer et la perfectionner et où la cause du jour peut être rendue publique. L'annonce du processus de réforme, les mémoires et les audiences, la consultation avec les parties intéressées, les comptes rendus des journalistes et la distribution des documents de discussion sensibilisent davantage le public aux problèmes sociaux. L'adoption de mesures de suivi cimente, dans l'esprit du public, l'engagement du gouvernement à régler un problème social. C'est l'un des aspects du dilemme de la réforme.

L'autre aspect est le danger de faire le mal en faisant le bien. Les nouvelles mesures législatives seront-elles meilleures que les recours juridiques actuels ou, dans les faits, que l'aide d'un bon ami, d'une agence agissant avec sollicitude, de lignes de détresse, d'un défenseur public, d'une clinique juridique gratuite, d'un bon avocat et d'un programme d'aide juridique, sans oublier une collectivité alerte au problème? Les régimes de protection s'adressant aux adultes et contestant la charte ont simplement relevé la barre et non mis un terme au jeu. En 1787, Matthew Hale déclarait que la réforme du droit serait facile s'il ne s'agissait que d'appliquer un pansement sur une blessure, mais le grand problème du réformateur est de veiller à ce que le remède ne soit pas à l'origine d'autres inconvénients considérables ou ne déplace pas un autre avantage considérable[152]. Masquer un chancre syphilitique sans soigner la maladie, la métaphore de Hale est notre propre solution métaphorique du diachylon. Nous devons avant tout, pour mettre en pratique le conseil de Hale, nous soucier, dans la réforme du parens patriae, ne pas oublier que les solutions à court terme ne peuvent résoudre les problèmes sociaux sous-jacents et peuvent faire davantage de mal que de bien.

Ce qui peut représenter un processus consultatif long et louable, comme on l'a vu récemment, dans certaines innovations statutaires régissant l'abus des aînés et la protection des adultes, doit être mis dans la balance de l'histoire et de la personnalité. Nous ne pouvons connaître l'être humain. Plus nous le définissons étroitement, plus nous en oublions. Plus nous intervenons, plus nous pouvons nuire à l'objet de notre intervention. Le vieil adage de l'aide sociale au XIX[e] siècle, les pauvres sont toujours parmi nous[153], peut

trop facilement devenir « Les pauvres, nous sommes toujours avec eux ». Peut-être est-il possible de combler l'immense fossé entre l'état anonyme et l'individu par des lois parens patriae, protéger les trêves faciles et générer de nouvelles alliances. La véritable nature des lois exige des remèdes « niveleurs » et des définitions générales de la vulnérabilité. L'historique des lois de type parens patriae permet de supposer que cette entreprise pourrait être vouée à l'échec. Pourtant, nous espérons que la loi nous permettra de mieux vivre et nous continuons à croire, pour reprendre un cliché ultérieur, que la vérité demeure là, quelque part.

Notes de fin de document

[1] James Crankshaw, *The Criminal Code of Canada ... commentaires, annotations, formulaires, etc., etc....*, 3e édition [en anglais] (Toronto, Carswell, 1910) annotations aux articles 19 à 29-30.

[2] La société Dupont a été fondée au Delaware en 1802 par un émigré français Eleuthère Iréné du Pont de Nemours, étudiant de Lavoisier. La fabrication d'une « poudre noire fiable » ou poudre à canon, était sa mission au XXe siècle. Ses inventions du XXe siècle comprennent le nylon et le néoprène dans les années 1930, suivies par toute une gamme de produits synthétiques remplaçant des matériaux naturels.

[3] Voir p. ex. Daniel Pick, *Faces of Degeneration: A European Disorder*, c. 1848-c. 1918 (Cambridge UP, 1989); *Michel Foucault, Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (New York: Vintage Books, 1977); et Nikolas Rose, *Governing the Soul: The Shaping of the Private Self* (Londres : Routledge, 1989).

[4] *Falkland* v. *Bertie* [1696] 23 ER 814 at 818; 2 Vern. 333 p. 342. [Citations de la loi ajoutées].

[5] *Wellesley* v. *Duke of Beaufort* [1827] 38 ER 236.

[6] *R.* v. *Gyngall* [1893] 2 CBR 232 p. 239.

[7] *Rolands* v. *Rolands* (1983) 9 Fam. L.R. 320 p. 321.

[8] *Re R* (a minor) [1991] 4 All ER 177 p. 186.

[9] H.S. Theobald, *The Law Relating to Lunacy* (Londres, Stevens, 1924).

[10] Citation., Anthony Graham, "Parens Patriae: Past, Present, and Future" (1994) 32 Fam. And Conciliation Cts. Rev. 184-207 p. 190.

[11] John Seymour, "Parens Patriae and Wardship Powers" (1994) 14 Oxford J. Leg. Stud. 159-188 p. 187-88.

[12] La common law a subi l'influence du droit romain dans divers processus d'infusion. Les premiers croisements ont eu lieu entre le droit romain et le droit anglo-saxon par conquête; les cours ecclésiastiques utilisaient les principes du droit romain et son discours dans leurs délibérations et les avocats continentaux de droit romain voyageant en Grande-Bretagne et les étudiants

fréquentant des universités européennes intégraient ces idées dans la common law. Sir William Holdsworth, *A History of English Law* (Londres : Methuen, 1903) v. 1.

[13] Ex. : Patricia Schene et Sue F. Ward, "The Vexing Problem of Elder Abuse — The Relevance of the Child Protection Experience" (printemps 1988) 1 *Public Welfare* 14, citant Robert W. ten Bensel, "The Development of the Concept of the Needs of Children" (1987) 8 Latham, lettres 1 à 4. Schene et Ward écrivent qu'au cours du quatrième siècle, Constantin le Grand a introduit le concept de *parens patriae* (l'État en tant que parent), précédent du principe juridique qui sous-tend l'intervention de l'État dans la vie de la famille, lorsque les soins tombent sous un seuil minimum établi.

[14] Les universitaires du continent qui voyageaient en Angleterre, les universitaires anglais fréquentant les universités du continent et les premiers écrivains comme Bracton qui ont exposé les précepteurs romains et ont prétendu qu'ils étaient anglais, divers emprunts judiciaires au cours des siècles, autant de moyens d'infusion des principes du droit romain dans la common law. Le droit romain était une des matières principales de formation juridique sous ses diverses formes et était enseigné dans les facultés de droit canadiennes jusqu'au milieu du XX[e] siècle. Les notes plutôt décevantes de John Diefenbaker sont affichées au Centre Diefenbaker de Saskatoon.

[15] *Code justinien*, articles 8, 47, 9, empereurs Dioclétien et Maximien, vers 287 (cité intégralement à l'annexe).

[16] Merci à Michel Morin de ce rappel.

[17] A. Frank Johns, "Guardianship Folly: The Misgovernment of parens patriae and the forecast of its crimbling linkage to unprotected older Americans in the twenty-first century — a march of folly? or just a mask of virtual reality?" (1997) 27 Stetson L.R. 1-90, citant W.W. Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* 1-2, 2[e] éd., Cambridge UP, 1932). Les gens de basse naissance n'avaient pas le « pouvoir » même s'ils pouvaient être propriétaires légitimes (sui juris).

[18] Nous donnons à l'annexe quelques exemples.

[19] *The Code of Justinian*, S.P. Scott, éd., *The Civil Law* (Cincinnati: The Central Trust Company, 1932).

[20] Alan Watson, *The Spirit of Roman Law* (Athens, GA.; Londres : University of Georgia Press, 1995) p. 77.

[21] *Watson, ibid.*, citant David Daube, p. 75, □traduction□ : Le processus législatif convenait moins aux adaptations constantes quotidiennes nécessaires en droit privé. Ainsi, cela supposait une machinerie lourde, généralement mise en branle uniquement à des fins politiques. En droit privé, c'était une sorte de dernier recours... De plus, la loi ne bénéficiait pas de la suprématie qui lui était accordée en common law. Gaius déclare qu'une constitution impériale est ce que l'empereur ordonne par édit ou lettre. Jamais on a douté que cette façon de faire a force souveraine de loi puisque l'empereur lui-même reçoit les pouvoirs souverains en vertu de la loi. Pour la plupart, les empereurs parvenaient à leur statut par leurs prouesses militaires et non par des lois antérieures (p. 148).

[22] Lawrence Stone, *The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800* (Harmondsworth, Middlesex: Penguin, 1979).

[23] *Watson*, voir *supra*, note 20, p. 148.

[24] Au sujet du développement de la justification des punitions corporelles, du droit romain à la common law jusqu'au Code criminel canadien, voir Anne McGillivray, "He'll learn it on his body: Disciplining Childhood in Canadian Law" (1997) 5 Int. J. Children's Rights 193-242.

[25] *Watson*, voir *supra*, note 20, p. 79-80.

[26] Voir l'annexe.

[27] La question laisse entrevoir le problème plus large de la nature des « vrais » codes, comparativement aux lois et aux collections législatives de principes de la common law comme, par exemple, la *Loi sur la vente d'objets* et le *Code criminel*. Voir "Toward a re-codification of the Criminal Law", documents et ordre du jour, Kingston, Ont., novembre 1998.

[28] [1996] 2 S.C.R. 108.

[29] *V.W.* v. *D.S.* [1996] 2 S.C.R. 108.

[30] Michel Morin, « La compétence parens patriae et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire » (1990), 50 R. du. B. 827

[31] *Anne McGillivray*, voir *supra*, note 24, p. 193-242.

[32] Sanjeev S. Anand, "Catalyst for Change: The History of Canadian Juvenile Justice Reform" (1999) 24 Queen's L.J. 515 par. 517 et suiv.

[33] Voir *Supra*, note 1, articles 18 à 24. [Souligné dans l'original].

[34] D. Owen Carrigan, *Crime and Punishment in Canada, a History* (Toronto: McClelland & Stewart, 1991).

[35] La Loi de 1908 sur les jeunes délinquants suivait en parallèle les lois de l'époque sur l'assistance sociale aux enfants. Un seul délit, la délinquance, couvrait les délits fédéraux, provinciaux et municipaux, la définition de « enfant » variant selon les provinces (16 ou 18 ans). Le critère était le bien-être de l'enfant, sans égard à l'accusation pénale. Les enfants pouvaient être placés en soins nourriciers ou institutionnels, désormais dans des familles d'accueil ou l'équivalent canadien des « Borstal » ou des écoles industrielles pour jeunes délinquants. L'âge de la responsabilité pénale a été relevé à 12 ans en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants* (1984). L'Angleterre continue à se fonder sur une version de l'incapacité de dol dans le cas des jeunes contrevenants; voir Michael Freeman, *The Moral Status of Children* (Martinus Nijhoff, 1997) pages 238-9. Les enfants de 10 à 12 ans sont criminellement responsables s'ils sont capables de dol. Glanville Williams décrit le critère comme étant d'abord la preuve de l'intention criminelle nécessaire et, ensuite, la preuve que l'enfant savait que l'action était mauvaise (*Criminal Law: the General Part*, 2e éd. (Londres, Stevens, 1961) p. 814. Ce critère ressemble aux règles de M'Naughten.

[36] Voir *Supra*, note 32, pages 515-559.

[37] Halsbury's, 475 et suiv.

[38] 10 Cl.&F. 200 E.R. 718. « Aucune personne ne sera reconnue coupable d'un délit en raison d'une action ou d'un défaut d'agir de sa part si cela était par imbécillité naturelle, maladie d'esprit, dans la mesure où cela la rendait incapable de connaître la nature et la qualité de l'acte ou du défaut d'agir et de savoir que cela était mal. » □Traduction□

[39] Dans *Who's Who and Why in Canada* (1912), on précise que James Crankshaw, en 1894, publiait un ouvrage sur le code criminel servant de manuel partout au Canada (désormais à la 3e édition). Par élimination, c'est en fait son code criminel annoté. Ce genre d'ouvrage a été utilisé par les jeunes avocats et désigner l'ouvrage comme manuel scolaire est justifiable, parce que Crankshaw insistait pour y inclure les débats sur le projet de code britannique, l'amalgame de la formation juridique pratique et théorique à la fin du siècle et le « vieux Crankshaw » dans les archives de la bibliothèque de la faculté de droit du Manitoba, avec les noms des étudiants. Dans les comptes rendus de la genèse du Code criminel canadien, il n'est pas fait mention de Crankshaw; voir Desmond H. Brown, éd., *The Birth of the Criminal Code: The Evolution of Canada's Justice System* (University of Toronto Press, 1995) et Desmond H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892* (Toronto: The Osgoode Society, 1989).

[40] Voir *Supra*, note 1

[41] *Ibid. p.* 25-26.

[42] 1 Terr. L.R. 23 p. 63. W.J. Tremeear, *The Criminal Code and the Law of Criminal Evidence in Canada, Being an Annotation...*, 2e éd. (Toronto: Canada Law Book; Philadelphia: Cromarty Law Book, 1908.)

[43] L'affaire signalant la réforme du Code criminel, notamment le changement de désignation de folie à trouble mental est l'affaire *R.* c. *Swain* (1991), 63 C.C.C. (3e) 481 (CSC), l'omission des idées délirantes. Pour l'historique de la défense, voir en général Don Stuart, *Canadian Criminal Law*, 3e éd. (Carswell, 1995) et *Williams, Criminal law the General Part*, voir *supra*, note 35.

[44] Voir *Stuart, Ibid.* Voir aussi la décision minoritaire dans *R.* c. *Cooper* (1978) 40 CCC (2e) 146 (Ont. CA); invalidée, (1980) 51 CCC (2e) 129 (CSC). Le juge adjoint Dubin (Ontario) a demandé un nouveau procès parce que le juge de première instance n'a pu lier les preuves médicales au plaidoyer de folie et cite Glanville Williams pour alléguer qu'un état naturel d'imbécillité doit se voir attribuer une signification distincte d'une maladie de l'esprit, en tant que condition imparfaite de capacité mentale due à une déficience congénitale ou à une dégénérescence naturelle, distinguée de celle d'un esprit auparavant normal devenu anormal par cause de maladie. (p. 153) La Cour suprême du Canada a évité le débat sur les imbécillités naturelles et le juge minoritaire n'a trouvé aucune preuve démontrant un état naturel d'imbécillité sans dire ce que c'était. (p. 135)

[45] *Watson*, voir *supra*, note 20, p. 148.

[46] 17 Edward II.

[47] *époque incertaine* cc. 11, 12; 17 Edw. 2, stat. 2., cc. 9, 10, Ruff.

[48] Déclaration extraite de *R. Hawks* v. *Lazaro*, 202 S.E. (2e) Rep.109 p. 118-19.

[49] Sauf si le gaspillage vise à couvrir les prétentions légitimes de quelqu'un d'autre dans une poursuite judiciaire.

[50] Halsbury, Part VII, Guardianship of Person and Estate, 121.

[51] 3 Car. II, c. 24.

[52] Affaire *Eve*, CSC 1986 31 DLR (4e) 1-37 p. 14.

[53] 36 et 37 Vict., c. 66.

[54] 49 et 50 Vict., c. 25.

[55] 53 Vict. c. 5.

[56] Voir *Supra*, note 50, p. 121.

[57] Voir *Supra*, note 6, p. 239.

[58] R.-U., chap. 87, art. 15.

[59] 31 DLR (4e) 1-37 p. 15

[60] Voir *Supra*, note 52, p. 28 à 30.

[61] Le jugement a été critiqué parce que le critère des meilleurs intérêts du régime parens patriae, en présumant que la stérilisation n'est pas thérapeutique sauf pour des motifs extrêmement limités, constituait une erreur. Il existe nombre de résultats thérapeutiques pour une femme dans la position de Eve. Voir Margaret A. Shone, Case Comment, *Re Eve* (1987) 66 Revue du Barreau canadien 635-646.

[62] Anne McGillivray, *Governing Childhood* (Alderhot, Hants.: Dartmouth,1997), concernant l'affirmation de Nikolas Rose selon laquelle l'enfance est le secteur le plus étroitement régi de la société.

[63] *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area)* v. *G. (D.F.)* [1997] 3 S.C.R. 925.

[64] 1 *Commentaries* 10.

[65] Exemple : l'affaire de la gardienne d'enfant d'âge mûr, au Manitoba, dans laquelle le viol d'une fillette de 12 ans a été reformulé en première instance et en appel comme un acte sexuel de consensus, même s'il était illicite; voir Anne McGillivray, "R. v. Bauder: Seductive Children, Safe Rapists and Other Justice Tales" (1998) 25 Man. L.J. 359-383.

[66] L'entité de la loi est maintenue malgré le processus de changement en présentant la transition comme une étape vers un autre état ordonné restreignant l'entité par rapport à une autre, du primitif au moderne, etc. La transition est toujours du simple au complexe, de l'unifié au diversifié... accompagnée par une intégration sociale continue, qu'un ordre global de la loi elle-même soutient. En évoluant, l'entité répond aux lacunes de sa forme antérieure et la surmonte. □Traduction□ Peter Fitzpatrick, *Dangerous Supplements: Resistance and Renewal in Jurisprudence* (Duke U.P., 1991), décrivant la théorie évolutionniste de la common law dans H.L.A. art, *The Concept of Law* (1961). Voir aussi *Harrison* v. *Carswell* [1976] 2 S.C.R. 200 les opinions divergentes concernant la fonction judiciaire du juge Dickson, rapport majoritaire, et du juge Laskin, rapport minoritaire. Le juge Dickson cite le mot du juge Holmes (1917) dans l'affaire *Southern Pacific Co.* v. *Jensen*, disant : Je reconnais sans hésitation que les juges légifèrent et doivent le faire, mais ils ne le peuvent que de façon interstitielle; ils sont réduits à des interventions de molaire à moléculaire (p. 218). Le juge Laskin s'opposait à la déférence mécanique du stare decisis (respect des décisions antérieures) et évoquait le rôle d'équilibrage du tribunal... où une ancienne doctrine, dans le cas présent l'atteinte, est évoquée dans un nouveau contexte pour supprimer une activité licite □piquetage□ (p. 202).

[67] David Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth Century Britain* (Cambridge UP, 1989) p. 63. C'était donc le projet des *Commentaries* de Blackstone qui, bien qu'étant un manuel scolaire au XIXe siècle, ne visait pas cette fin.

[68] *Roe* v. *Galliers* (1787), 2 Term Rpts. 139, dans *Lieberman, supra*, note 67, p. 63.

[69] Le pannomium de Bentham se retrouve dans les Digests de droit qui sont si complexes qu'ils défient la simplicité inhérente au concept. *Lieberman, supra*, note 67, p. 282.

[70] Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789 éd. J.H. Burns et H.L.A. Hart (Londres) p. 33.

[71] En retour, cela a abouti à certains mouvements (réalisme juridique, loi et société, approches critiques à la loi et, au Canada, la Charte) en remplacement de la perspective supérieure auparavant promise par le droit naturel et ses prétentions ecclésiastiques.

[72] *Lieberman, supra*, note 67, p. 13.

[73] *Crankshaw*, voir *supra*, note 1 p. xc.

[74] Douglas Hay, "Property, Authority and the Criminal Law" dans Hay et al., éd., *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England* (New York: Pantheon, 1975), 17-63 p. 33.

[75] *Lieberman*, voir *supra*, note 67, p. 14.

[76] *Lieberman*, voire *supra*, note 67, p. 15.

[77] *Douglas Hay, supra*, note 74, p. 17 à 63. Charles Dickens décrit la réaction des foules à la pendaison de Mannings, exécutée pour avoir conspiré afin d'assassiner son amant, dans deux lettres des éditions du 14 et du 18 novembre 1849 du journal The Times, réimprimées en feuillets. Désabusé par la malveillance et la légèreté de la foule, ses cris et ses manières, grincements et rires et son insouciance ou sa gaieté brutale, il recommande que les pendaisons aient lieu secrètement à l'intérieur de l'enceinte des prisons. Peter Ackroyd, *Charles Dickens* (Londres : Minerva, 1991) p. 604-5.

[78] [1663] 17 St. Tri. 155.

[79] *Report of the Royal Commission appointed to consider the law Relating to Indictable Offences*, 1879, C 2345 (Lord Blackburn, président, Lush, Barry et Stephen, juges). Voir M.L. Friedland, "R.S. Wright's Model Criminal Code: A Forgotten Chapter in the History of the Criminal Law" (1981) Oxford J. Leg. Studies 307-346; Société du Barreau du Haut Canada; Sir James Fitzjames Stephen, *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)* 4e éd. (Londres : Macmillan, 1887) p. 147. De loin, la plus grande partie du Code et du rapport était de mon cru □traduction□. (J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, Londres, 1883, Vol. III, 349). Le projet de code a été préparé par le bureau des colonies britanniques et servit plus tard de base des codes criminels au Canada (1892), en Nouvelle-Zélande (1893), dans le Queensland (1899) et dans les autres États de l'Australie ultérieurement (*Friedland*, voir *supra*, p. 340). La version canadienne a été considérablement modifiée par l'évolution du droit colonial. L'Angleterre a rejeté la codification de son droit pénal.

[80] J.F. Stephen, *The Nineteenth Century*, cité dans Glanville Williams, "Necessity" (1978) Crim. L. Rev. 128 p. 129-30.

[81] Le projet de code et le Code criminel canadien sauvegardent les défenses en common law. J.F. Stephen écrivait que le seul résultat possible en sauvegardant la common law en tant que justification et excuse est qu'un homme moralement innocent et non protégé par ailleurs peut éviter d'être puni. Ainsi, on enlève les armes à ressort rouillé et les pièges dans des lieux non

fréquentés et, par ailleurs, on refuse d'émettre une ordonnance de destruction des bouées sauvetages ou dragues qui peuvent se trouver sur les berges d'une rivière dangereuse... (Ibid., p. 130)

[82] *Crankshaw*, voir *supra*, note 1, Introduction à LXXXVIII; [souligné dans l'original].

[83] *Ibid.*, p. xci-ii

[84] John Willis, commentaires sur *Frey* v. *Fedoruk* [1950] S.C.R. 517, 10 C.R. 26.

[85] *Crankshaw*, voir *supra*, note 1, p. xcii.

[86] [1950] SCR 517 à 530. Le tribunal a rejeté le délit de common law de voyeurisme créé par le tribunal inférieur déclarant que, en certitude et de façon prospective, les nouveaux délits doivent être créés par le Parlement et non par les tribunaux.

[87] Leonard Rutman, "J.J. Kelso and the Development of Child Welfare" dans Allan Moscovitch et Jim Albert, éd., *The Benevolent State: The Growth of Welfare in Canada* (Toronto: Garamond, 1987) 68-76 p. 68.

[88] Robert D. Bureau, Katherine Lippel et Lucie Lamarche, "Development and Trends in Canadian Social Law, 1940 to 1984" dans Ivan Bernier et Andrée Lajoie, éd., *Family Law and Social Welfare Legislation in Canada* (University of Toronto Press, 1989) 71-131 p. 76.

[89] N.J. Smith, *A Brief Guide to Social Legislation* (Londres : Methuen, 1972) p. xiii et suiv. De plus, aucune loi de ce type n'a été adoptée au cours des règnes de George IV (1820-30) et de Guillaume IV (1830-37).

[90] David Eastwood, "Men, Morals and the Machinery of Social Legislation, 1790-1840" (1994) 13 (2) Parliamentary History 190-205 p. 191. L'histoire des Hanovres en matière de loi sociale a été répertoriée dans l'histoire de Sidney et Beatrice Webb, *The English Local Government from the Revolution to the Municipal Corporations Act* (9 vols., 1906-29) et d'autres. Eastwood a trouvé critique dans les ouvrages de Joanna Innes "Parliament and the Shaping of Eighteenth-Century English Social Policy" (1990) *Transactions of the Royal Historical Society*, 5e série XL, 63-92 et "Politics and Morals: The Reformation of Manners Movement in the Later Eighteenth Century" dans E. Hellmuth, éd., *The Transformation of Political Culture*. England and Germany in the Later Eighteenth Century (Oxford, 1990) 57-118.

[91] *Eastwood, Ibid.*, p. 192.

[92] *Ibid.*, p. 200.

[93] *Ibid.*, p. 205.

[94] *Ackroyd*, voir *supra*, note 77, p. 616. Le même jour, Dickens a pris la parole à l'inauguration de la Metropolitan Sanitary Association, créée en réponse directement à l'épidémie de choléra de l'hiver précédent et aux horreurs de l'assainissement de Londres (égouts principaux et cimetières mortellement étouffants), association préconisant à la fois l'hygiène publique, le logement et la fermeture des cours d'église de Londres en faveur des sépultures en campagne.

[95] Mariana Valverde, *The Age of Light, Soap and Water: Moral Reform in English Canada, 1885-1925* (Toronto: McClelland & Stewart, 1991).

[96] Ce même argument incite en 1999 le gouvernement manitobain du premier ministre Filmon à préconiser une assistance publique au travail séparant les pauvres entre classes méritantes et non méritantes avec des projets de travail conçus pour les personnes capables physiquement et la réadaptation obligatoire des personnes accrochées. La chute récente des taux de chômage au Manitoba constitue le fondement empirique de cette politique. La division des pauvres est semblable à celle de la réforme (1837) de la Loi britannique sur les pauvres, dont nous traitons brièvement plus loin.

[97] Allan Moscovitch et Glen Drover, "Social Expenditures and the Welfare State" dans Moscovitch et Jim Albert, éd., The Benevolent State: The Growth of Welfare in Canada (Toronto: Garamond, 1987) 13-43 p. 15 et suiv.

[98] *Moscovitch et Albert, Ibid.*, p. 20.

[99] *Moscovitch et Albert, Ibid.*

[100] Directeur du FBI américain de 1924 à 1972 et auteur de la Guerre froide et de la panique communiste. Hoover gardait sur son bureau une carte du monte où les États communistes étaient en rouge, les socialistes en rose. Le rose canadien était coupé par le rouge « communiste » de la Saskatchewan.

[101] Karl Marx et Friedrich Engels ont publié le *Manifeste communiste* en 1848. Les travailleurs n'ont rien à perdre que leurs chaînes [en écho à Roussau]. Ils ont le monde à gagner. Travailleurs de tout pays, unissez-vous! Le premier volume de *Le Capital* a été publié en 1867. La crise financière et le financement de la dette, le néo-conservatisme et la privatisation, ainsi que l'ALENA, ont fortement érodé la vision canadienne de la justice sociale.

[102] R. Dingwall, JM Eekelaar et T. Murray, "Childhood as a Social Problem: A Survey of the History of Legal Regulation" (1984) 11 J. Law & Society 207-232 p. 210-11.

[103] Sur la question de la panique morale, voir Stanley Cohen, *Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers* (Londres : MacGibbon and Kee, 1972). Voir également les œuvres de Charles Dickens, où ces émotions, horreur, crainte, sentiments, sont évoqués à propos du traitement des enfants.

[104] Voir *Supra*, note 102, p. 214 et suiv.

[105] Ce thème et d'autres développements analogues en Angleterre sont traités plus loin.

[106] *Schene*, voir *supra*, note 13, p. 14 à 21.

[107] Linda Pollock, *Forgotten Children: Parent-Child Relations from 1500-1800* (Cambridge University Press, 1983). Voir aussi *A Lasting Relationship: Parents and Children Over Three Centuries* (Fourth Estate, 1987).

[108] *McGillivray*, voir *supra*, note 24, p. 193 à 242.

[109] Voir *Supra*, note 102, p. 218.

[110] J. Ursel, *Private Lives, Public Policy: 100 Years of State Intervention in the Family* (Women's Press, 1992).

[111] Inscription au journal, le 10 janvier 1890. Kelso était aussi un personnage clé dans l'élaboration du réseau canadien de soins en famille d'accueil, les sociétés d'aide à l'enfance, les pouvoirs

statutaires de saisie et le tribunal des jeunes. Voir John Bullen, J.J. Kelso et l'ouvrage "New" Child-savers: The Genesis of the Children's Aid Movement in Ontario' (1990) 82 Ontario History 107; et *Rutman, supra*, note 87, p. 68 à 76.

[112] Kelso a insisté sur le lien entre les mauvais traitements faits aux enfants et la criminalité dans son mémoire à la Commission ontarienne de réforme carcérale. Dans son rapport de 1891, la Commission appuyait les initiatives de Kelso. *Rutman, ibid.*, p. 71.

[113] L'analyse repose sur l'ouvrage de Anne McGillivray, éd., *Governing Childhood* (Introduction) voir *supra*, note 62 et, dans cet ouvrage, "Therapies of Freedom: The Colonization of Aboriginal Childhood".

[114] Dorothy E. Chunn, *From Punishment to Doing Good: Family Courts and Socialized Justice in Ontario 1890-1940* (University of Toronto Press, 1992); Linda Gordon, *Heroes of Their Own Lives: The Politics and History of Family Violence, Boston 1880-1960* (Penguin, 1988); Carol Anne Hooper, "Child Sexual Abuse and the Regulation of Women: Variations on a Theme" dans Christine Smart, éd., *Regulating Womanhood: Historical Essays on Marriage, Motherhood and Sexuality* (Routledge, 1992).

[115] *Bullen, supra*, note 111, p. 157-58. Les enfants étaient placés dans des fermes où ils recevaient peu d'éducation, étaient soumis à nombre d'injustices évidentes et condamnés à un monde de classe ouvrière leur offrant peu de débouchés de développement personnel et peu de mobilité sociale.

[116] *Chunn, supra*, note 114, p. 36.

[117] Voir J. Korbin, *Child Abuse and Neglect: Cross-Cultural Perspectives* (University of California Press, 1981).

[118] Margrit Eichler, *Families in Canada Today: Recent Changes and their Policy Consequences* (Gage, 1983). Eichler appelle cela un gauchissement monolithique. Élément étroitement lié, le gauchissement conservateur, qui comprend une tendance à ignorer simplement les enfants ou à les voir simplement comme des objets auxquels on réagit, plutôt que des participants véritables de la vie de la famille.

[119] *Valverde, supra*, note 95.

[120] *Ibid.*, p. 45.

[121] Voir Ursel, *supra*, note 110, et *Chunn, supra*, note 114.

[122] En élaborant et ensuite, en ignorant en apparence un royaume de morale privée, l'État libéral peut ensuite prétendre à gouverner ce qui en ressort uniquement s'il est invité à le faire par les commettants de ce royaume ou leurs experts. Puisque tout peut devenir un problème moral, la démarcation publique-privée était mobile à volonté « morale ».

[123] *Valverde, supra*, note 95, p. 128.

[124] Anne McGillivray, *The Criminalization of Child Abuse* (LL.M. Thesis, University of Toronto, 1988), "Reconstructing Child Abuse: Western Definitions and Non-Western Experience" in MDA Freeman and Philip Veerman, *The Ideologies of Children's Rights* (Pays-Bas : Kluwer, 1992).

[125] Nicholas Davin, Report on the working of Industrial Schools for the education of Indians and mixed-bloods in the United States, and on the advisability of establishing similar institutions in the North-West Territories of the Dominion (Ottawa : l'Imprimeur de la Reine, 1879).

[126] Anne McGillivray, "Therapies of Freedom: The Colonization of Aboriginal Childhood" dans *McGillivray, supra*, note 62, *(Introduction)*, Anne McGillivray et Brenda Comaskey, *Black Eyes All of the Time: Intimate Violence, Aboriginal Women and the Justice System* (University of Toronto Press, 1999).

[127] Discours de Sir Hector Langevin, le 22 mai 1883, Comité de la Chambre des communes : le débat des écoles industrielles; au départ, 4 400 $ ont été réservés au programme.

[128] Le Canada a formulé des excuses en 1997. Dès 1998, 1 200 anciennes pupilles avaient intenté des poursuites. Une des Premières nations a pris un problème essentiel et poursuit le Canada et trois confessions chrétiennes pour destruction culturelle dans les écoles résidentielles. Voir Anne McGillivray, "Capturing Childhood: The Indian Child in the European Imagination", dans Andrew Lewis et Michael Freeman, *Law and Literature: A Colloquium* (University College London, 1999).

[129] *McGillivray et Comasky, supra*, note 126.

[130] Anne McGillivray et Sid Frankel, "Post-1945 Aboriginal Child Welfare" dans Hesketh et al., Canadian History CD-ROM Project (Université de Calgary, à venir).

[131] *McGillivray et Comasky, supra*, note 126.

[132] Nikolas Rose, Governing the Soul: The Shaping of the Private Self (Routledge, 1989) p. 103.

[133] *Ibid.*, p. 2.

[134] *Ibid.* , p. 130.

[135] *Ibid.* , p. 5.

[136] Lionel Trilling, The Liberal Imagination: Essays on Literature and Society (New York: Viking, 1950).

[137] J. Harbison et al., *Mistreating Elderly People: Questioning the Legal Response to Elder Abuse and Neglect, Summary Document* (Institut du droit de la santé, Université Dalhousie, Halifax, 1995) vii, ix.

[138] Le Manitoba et d'autres provinces ont adopté au début des années 1980 des politiques de poursuite sans relâche. Les dispositions du Code criminel concernant l'assaut sexuel à l'endroit des enfants ont été amendées en 1987.

[139] R. Wolf, "Elder Abuse: Ten Years Later" (1988) 36 *Journal of the American Gerontological Society* 758-762.

[140] Ainsi que sur l'abus des enfants. Cet aspect n'est abordé qu'avec prudence dans les documents publiés sur l'abus à l'endroit des aînés. La violence aléatoire contre les personnes âgées peut être motivée par un abus grave ou un manque de soutien par les autorités. Le « vieil homme à venir » était une réalité pour nombre de personnes et un garçon de 10 ans amassant des lilas pour sa mère, sodomisé et non cru par sa famille pouvait passer une bonne partie de son

adolescence à pousser des grand-parents dans la circulation, origine possible de ces abus « sans cause »; voir McGillivray, *supra*, note 124.

[141] Pour une analyse plus détaillée de la législature canadienne, voir Commission manitobaine de la réforme du droit, document de discussion sur l'abus des aînés et la protection des adultes (Winnipeg; la Commission, 1998); rapport à venir.

[142] Adapté de R.M. Gordon et S.N. Verdun-Jones, *Adult Guardianship Law in Canada* (1992) (version 2, 1995) 2-2.

[143] *Adult Guardianship Act*, R.S.B.C. 1996, c. 6 (Supp.) article 44. La Loi est partie d'un ensemble législatif régissant la protection des adultes, notamment *The Community Care Facility Act*, R.S.B.C. 1996, c. 60, *The Public Guardianship and Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, c. 383, *and The Representation Agreement Act*, R.S.B.C. 1996, c. 405. La Adult *Guardianship Act* n'est pas encore en vigueur au moment où nous écrivons. L'une des explications possibles est le coût et la complexité de la restructuration.

[144] Les ordonnances de protection confiant les adultes à un régime de traitement ou de protection peuvent faire l'objet d'un appel et être résiliées automatiquement. Les ordonnances doivent être le moins intrusives possible. L'adulte compétent doit participer à la planification du cas et peut refuser les services. Les définitions d'abus, de négligence et d'autonégligence sont larges et les interventions fondées sur le risque sont limitées aux cas urgents. Les principes directeurs sont établis à l'article 2, autonomie au stress.

[145] Il n'y a aucun devoir général de la population de divulguer un délit criminel. Les lois sur la protection de l'enfance exigent que l'on déclare un enfant qui a besoin de protection, mais la Loi n'en exige pas autant dans le cas d'un adulte. L'exigence concernant la divulgation de toute activité criminelle non seulement va au-delà du mandat protecteur de la Loi, mais peut aussi avoir un effet dissuasif sur l'autodéclaration et la déclaration par un membre du ménage. Si un jeune cultive de la marijuana dans une fenêtre, cela n'a rien à voir avec l'éventualité que son père abuse de sa mère, par exemple.

[146] Un prétendu contrevenant peut être saisi sur place sur mandat judiciaire, pourvu que des mesures de protection procédurale appropriées soient en place; voir l'analyse des ordonnances de protection de la Commission manitobaine de réforme du droit, *supra*, note 141.

[147] Peter M. Horstman, "Protective Services for the Elderly: The Limits of Parens Patriae" (1975) 40 Montana L.R.

[148] J. Harbison et al., *Mistreating Elderly People: Questioning the Legal Response to Elder Abuse and Neglect*, volumes 1 et 2 (Institut du droit de la santé, Université Dalhousie, Halifax, 1995).

[149] *Harbison et al., supra*, note 137, p. vi. Si les recommandations étaient adoptées, la Loi s'appliquerait uniquement à l'abus psychologique et aux négligences de la part des soignants.

[150] Les ouvrages essentiels pour les régimes globaux de protection des adultes sont les suivants : Marshall B. Kapp, "Forcing Services on At-Risk Older Adults: When Doing Good Is Not So Good" (1988) 13 Social Work in Health Care 1-13 (autonomie et justice distributive — les adultes qui le souhaitent doivent recevoir les services de préférence aux adultes non désireux de les recevoir); Donald J. Bersoff, "Autonomy for Vulnerable Populations: The Supreme Court's Reckless Disregard for Self-Determination and Social Science" (1992) 37 Villanova L.R. 1569-73 (paternalisme ou autonomie) et l'analyse utile "The Vexing Problem of Elder Abuse" (1988) Public Welfare 7-44. De façon générale, sur le paternalisme juridique, voir Joel Feinberg, "Legal

Paternalism" (1971) 1 Revue canadienne de philosophie 106-24, reproduit dans Rolf Sartorius, éd., *Paternalism* (University of Minnesota Press, 1983) 3-18 (paternalisme faible ou fort); et Gerald Dworkin, "Paternalism", ibid., p. 19-34 (solution restrictive).

[151] *Valverde, supra*, note 95.

[152] Matthew Hale, *Considerations touching the Amendment or Alteration of Laws* dans Francis Hargrave, éd., *A Collection of Tracts, Relative to the Law of England* (Londres, 1787) 249-89.

[153] « Car vous aurez toujours les pauvres avec vous... » (la Bible, Mathieu, chapitre 26, verset 11).

Annexe
Allusions au *parens patriae* dans le droit romain

CJ = Code justinien
C = Code théodosien

I. L'empereur en tant que *parens patriae*: assistance publique

Date, citation	Empereur	Édit
316, CJ 1, 14, 1	Constantin	Il est de notre devoir et légitime pour nous seul d'interpréter les questions d'équité et de droit.
384, CJ 9, 29, 3	Gratien, Valentin et Théodose	Il n'est pas permis de discuter la conduite de l'empereur, car il est sacrilège de douter que celui auquel le souverain confie une charge le mérite.
392, CJ 9, 7, 1	Théodose, Arcadius et Honorius	Si quiconque, contre toute modestie et sans honte, croit que notre nom doit être attaqué, déshonoré et abusé ou si, par ivresse, il manifeste mécontentement de notre règne, nous ne sommes pas disposés à lui imposer quelques peines non plus que nous désirons le traiter avec célérité ou dureté; si la cause en est la légèreté d'esprit, il n'est passible que d'outrage; si cela était dû à la folie, il est objet de pitié et s'il visait à insulter, il doit être pardonné...
396, CJ 7, 65, 8	Arcadius et Honorius	L'intérêt du peuple et de notre trésor privé exigent que les griefs dus à notre intendance ne soient pas reportés par les habiletés et artifices des débiteurs...
397, CJ 11, 22, 2	Arcadius et Honorius	En cas d'octroi de l'immunité de la livraison de blé ou d'orge à la ville, elle sera nulle, car les édits exprès contraires au bien-être public n'ont ni effet ni vigueur.

v. 479 CJ 4, 59, 1	Zénon	Nous ordonnons qu'il soit interdit que quiconque ait l'audace de monopoliser la vente de vêtements de toute sorte ou de poisson, peignes, ustensiles de cuivre ou quoi que ce soit d'autre destiné à nourrir ou à être utilisé communément par l'homme, quelle que soit la matière qui le compose... En outre, si quiconque s'aventure à faire du monopole, il sera privé de tous ses biens et condamné à l'exil à perpétuité.
503, CJ 10, 27, 1	Anastase	Nous décrétons que, lorsqu'il y a nécessité urgente, et que des achats de blé, d'orge ou d'autres céréales ont lieu dans quelque province, aucun propriétaire de ces biens ne doit, sous prétexte de quelque privilège, refuser de les vendre et, conformément à ces conditions, nos règles ou autorisations les plus salutaires ne seront jamais accordées au propriétaire de ces articles, de quelque façon ou à quelque moment, pour qu'il puisse se prévaloir de quelque édit, sanction pragmatique ou décret judiciaire lui permettant de se prévaloir de l'immunité. Par conséquent, nous souhaitons que ces fardeaux soient imposés à toute personne proportionnellement à l'affectation de chacun et nous n'autorisons même pas notre propre intendance ou celui de notre consort illustre, d'être exempté de cette obligation.

II. Protection des pupilles

216, CJ 5, 50, 1	Antonin	Si une pupille ne reçoit pas le soutien de son tuteur, elle doit s'adresser au gouverneur de la province, qui s'acquittera de son devoir en veillant à ce que de la nourriture lui soit fournie sans retard.
231, CJ 5, 37, 10	Alexandre	Si vous avez souffert de blessure par négligence ou fraude de l'affranchi qui est votre tuteur, le gouverneur de la province prendra des mesures afin que les dommages soient réparés par celui qui en est responsable; qu'il n'y ait aucun doute que des mesures plus rigoureuses seront prises si la fraude a été commise de façon si ouverte que l'affranchi, après avoir été reconnu coupable du crime, doive être puni de l'avoir commis.

261, CJ 5, 36, 4	Valérien et Gallien	Même si un tuteur ne peut être nommé pour une personne qui en a déjà un, il peut lui en être substitué un autre dans certaines circonstances et par décret d'un tribunal compétent, en lieu et place de celui qui, après soupçon, a été reconnu coupable et a été destitué de cette fonction.
284, CJ 5, 52, 2	Carinus et Numerianus	... Dans les cas de cette espèce, les tuteurs ou curateurs ne sont responsables que pour la part de l'administration qui leur a été confiée, sauf s'ils ont omis de soustraire de quelque chose pour avoir été soupçonné d'être coupables de fraude ou négligence ou ont fait part de leurs soupçons à cet égard lorsque cela était trop tard...
295, CJ 5, 62, 23	Dioclétien et Maximien	Les principes d'humanité et d'affection n'autorisent pas que vous soyez forcé à intenter poursuite contre votre sœur ou ses enfants sur des chefs liés à la tutelle puisque le bien-être de la pupille elle-même dont vous avez été nommé tuteur semble exiger une autre voie, c'est-à-dire qu'elle doit disposer d'un tuteur qui ne pourra être empêché de se porter à sa défense pour des motifs d'affection pour son adversaire.

III. Protection de l'enfance

451 *av. Cons*	Les douze tables 7, 15	Quiconque tue un ascendant [ancêtre mâle, père de famille] aura la tête enveloppée dans un tissu et, après avoir été mis dans un sac, sera jeté à l'eau.
451 *av. Cons*	Les douze tables 4, 1	Le père a le droit de vie et de mort sur son fils né d'un mariage licite et a le pouvoir de le rendre indépendant...

228, CJ 8, 47, 3	Alexandre	Lorsque votre fils est sous votre gouverne, il ne peut se départir de quelque bien acquis pour vous. S'il ne vous montre pas le respect dû à un père, rien ne vous empêche de le punir, en vertu du droit de l'autorité paternelle, et vous pouvez même recourir à un remède plus dur s'il persévère dans son obstination, pour l'avoir mené devant le gouverneur de la province, lequel imposera la sentence que vous souhaitez.
Ca. 261 CJ 8, 47, 4	Valérien et Gallien	Il semble plus adéquat, pour les litiges qui ont surgi entre vous et vos enfants, qu'ils soient réglés chez vous. Si, toutefois, la question est d'une nature telle que vous estimez nécessaire d'avoir recours à la loi pour les punir du tort qu'ils vous ont fait, le gouverneur de la province, sur demande, ordonnera ce qui est habituellement prescrit par la loi, en ce qui a trait aux litiges pécuniaires, et obligera vos enfants à vous manifester le respect qui est dû à leur mère et s'il arrive à la certitude que leur inconduite disgracieuse a infligé de grave blessure, il punira sévèrement leur manque d'affection filiale..
v. 287 CJ 8, 47, 9	Dioclétien et Maximien	Les décrets du Sénat adoptés relativement à la reconnaissance des enfants indiquent clairement que personne ne peut renier son enfant, ainsi que l'indique la peine prescrite et l'action en préjudice autorisée par l'édit perpétuel et les faits à l'appui peuvent être présentés devant le gouverneur par un enfant de plus de trois ans, s'il le fait en son propre nom.
315, CJ 9, 20, 16	Constantin	Ceux qui font du mal aux parents en enlevant leurs enfants vifs peuvent être condamnés aux travaux à la mine, en plus des autres peines déjà prévues par la loi. Toutefois, si quiconque est accusé et reconnu coupable d'un crime de ce genre, s'il est esclave ou affranchi, il sera jeté aux bêtes sauvages; s'il est né libre, il périra par l'épée.

318, CJ 9, 17, 1	Constantin	Si quiconque hâte la fin de ses parents, de son fils, ou de sa fille ou de quiconque de ses parents dont le meurtre est désigné par le terme de parricide..., il subira la peine de parricide et ne sera mis à mort ni par le sabre, ni par le feu, ni par quelque autre méthode ordinaire, mais sera enfermé dans un sac avec un chien, un coq, une vipère et un singe et enfermé avec ces animaux sauvages et associé à des serpents, il sera soit jeté à la mer ou dans une rivière selon la nature de la localité...
322, TC 11, 27, 2	Constantin	Nous avons appris que les provinciaux souffrant d'un manque de nourriture et des nécessités de la vie vendent ou mettent en gage leurs propres enfants. Par conséquent, s'il se trouve quelque personne qui n'a pour soutien aucune fortune familiale et qui doit soutenir ses enfants avec souffrance et difficulté, ielle obtiendra l'aide de notre fisc [bourse], avant de devenir la proie des calamités. Les proconsuls et gouverneurs et les représentants du fisc partout en Afrique auront donc le pouvoir et peuvent librement accorder le soutien nécessaire à toute personne qui, d'après leurs constatations, est en grand besoin et, à même les magasins de l'État, ils leur accorderont immédiatement un soutien immédiat. En effet, il ne nous convient pas que quiconque périsse en raison de la faim ou en soit amené à commettre un acte honteux.
323, CJ 8, 47, 10	Constantin	Nos ancêtres accordaient tant d'importance à la liberté que les pères, qui autrefois, avaient droit de vie et de mort sur leurs enfants, n'étaient pas autorisés à les priver de leur liberté.
329, TC 11, 27, 1	Constantin	Nous rédigerons une loi... en vertu de laquelle les parents peuvent être empêchés de parricide et leurs espoirs transformés pour le mieux. Nous appliquerons cette règle qui stipule que si un parent déclare avoir des descendants qu'il ne peut élever pour cause de pauvreté, il lui sera sans retard remis de la nourriture et des vêtements, car élever un enfant nouveau-né ne souffre aucun retard. Pour l'exécution de cette tâche, nous ordonnons que notre fisc et notre bourse privée servent à offrir ces services sans distinction.

365, CJ 9, 15, 1	Valentin et Valens	Nous accordons le pouvoir de punir les mineurs à leurs parents âgés, selon la nature de l'offense commise, afin que le remède de cette discipline puisse exercer son influence sur ceux qu'un exemple louable à la maison n'a pas amené à mener une vie honorable. Toutefois, il n'est pas dans l'intention de conférer le droit d'infliger des punitions extrêmement sévères pour les fautes des mineurs, mais plutôt que l'exercice de l'autorité paternelle puisse corriger les erreurs des jeunes et les réprimer par des châtiments privés. Si, toutefois, l'énormité de l'action dépasse les limites de ce qui peut être infligé à la maison, nous décrétons que ceux qui sont coupables de crimes atroces soient traînés devant la justice.
374, CJ 9, 16, 8	Valentin, Valens et Gratien	Si une personne de l'un ou l'autre sexe tue un nouveau-né, qu'elle sache par la présente qu'elle sera punie de mort.
374, CJ 8, 52, 2	Valentin, Valens et Gratien	Toute personne doit assurer le soutien de ses propres descendants et quiconque croit pouvoir abandonner son enfant est passible des peines prescrites par la loi. Nous n'accordons aucun droit aux maîtres ou aux patrons de récupérer les enfants qui ont été abandonnés, lorsque les enfants exposés par eux, en l'occurrence, à la mort, ont été sauvés pour des motifs de pitié, car l'on peut dire qu'un enfant qu'il a abandonné à la mort lui appartient.

529, CJ 8, 52, 3	Justinien	Nous décrétons qu'on ne peut prétendre sien, par titre de propriété, de servage ou de tenure, tout enfant né de parents libres ou affranchis ou d'esclaves, et qui a été abandonné. Et nous n'autorisons pas ceux qui ont pris ces enfants pour les élever à avoir fait ces prétentions avec quelque distinction pour les élever et les éduquer, qu'ils soient mâles ou femelles, d'une manière à les garder comme esclaves, affranchis, serfs ou vassaux; toutefois, les enfants de ces personnes sont, sans distinction, considérés comme libres et libres de naissance et peuvent acquérir des biens pour eux-mêmes et transmettre leur possession selon leur désir à leur postérité ou à des héritiers étrangers, sans être marqués par le stigmate de la servitude, de la vassalité, ou les restrictions liées aux conditions de tenance ou de serf. Nous ne reconnaissons pas plus que ceux qui les ont reçus aient quelque droit sur leur propriété et cette loi doit être appliquée dans tout l'empire romain. En outre, ceux qui, tout d'abord, ont abandonné leurs enfants et peut-être entretenu l'espoir de leur mort et rendu leur destin incertain n'ont aucun droit de les récupérer des personnes qui les ont sauvés et les ont réduit à l'esclavage. Et ceux qui, par compassion, ont aidé ces enfants, ne seront pas autorisés à changer d'idée et à en faire des esclaves même si, au départ, ils en ont pris charge avec cette intention, encore moins s'il semble que ce qui était dicté par la bienveillance est devenu simplement une transaction mercenaire.

IV. Assistance publique aux enfants

A. Émancipation

451 *av. Cons*	Les douze tables 4, 1	Le père a le droit de vie et de mort sur son fils né d'un mariage licite et a en outre le pouvoir de l'affranchir lorsqu'il a été vendu trois fois.

Ca.164 CJ 4, 43, 1	Dioclétien et Maximien	La loi veut qu'un enfant ne puisse être donné par ses parents, soit par vente, don, gage ou de quelque autre manière, même sous prétexte d'ignorance de la personne qui les reçoit.
286, CJ 8, 48, 2	Dioclétien et Maximien	Si les parents par le sang d'un enfant n'ayant pas atteint l'âge de la puberté et dont vous désirez faire votre fils naturel y consentent devant le gouverneur de la province, vous pouvez en faire votre fils, mais le quart de votre avoir doit lui être laissé dans votre testament ou lui sera remis par vous au moment de son émancipation et la garantie concernant son patrimoine qui sera donnée avec des assurances adéquates en présence d'un officier public de sorte que vous ne puissiez pas, par prétexte d'adoption, saisir ses biens, que vous devez préserver avec diligence à son bénéfice...
291, CJ 8, 49, 3	Dioclétien et Maximien	[Un enfant peut être émancipé par vente réputée (fictive); la vente réelle par le père de famille n'est pas requise.]
367, CJ 8, 50, 1	Valentin, Valens et Gratien	La loi punit par révocation de l'émancipation et privation de la liberté non méritée, les fils, filles et autres descendants qui se sont rendus coupables de désobéissance ou qui ont infligé au parent qui les a émancipés des insultes verbales ou des blessures graves.
503, CJ 8, 49, 5	Anastase	[La vente fictive d'un enfant n'est pas requise si le père obtient un édit impérial autorisant son émancipation.]

531, CJ 8, 49, 6	Justinien	[Un édit impérial d'émancipation n'est pas requis. Le père doit, devant un magistrat, faire une déclaration de son intention d'émanciper son enfant.]

B. Assistance publique à l'enfant en général

v. 164 CJ 5, 6, 7	Dioclétien et Maximien	Si un tuteur ou un curateur, sans avoir obtenu d'édit impérial à cette fin, doit marier sa pupille ou un mineur à sa charge ou à celle de son fils, il sera marqué d'infamie comme s'il avait confessé s'être rendu coupable de mauvaise gestion de la tutelle car, par une union de ce genre, il a essayé de masquer des fraudes commises pendant son administration...
198, CJ 5, 25, 4	Sévère et Antonin	Si vous vous êtes acquitté adéquatement des devoirs que vous devez rendre à votre père, il ne vous refusera pas son affection paternelle. S'il ne le fait pas volontairement, un juge compétent, sur demande, lui ordonnera de vous soutenir dans la mesure de ses moyens.
224, CJ 5, 49, 1	Alexandre	L'éducation de vos pupilles doit être confiée à leur mère, de préférence à toute autre personne, si elle ne l'est pas à un beau-père. Toutefois, en cas de litige à cet égard entre elle et sa parenté propre et les tuteurs, le gouverneur de la province, après avoir pris compte du rang et des rapports des parties, doit décider où l'enfant doit être amené et, lorsqu'il rend cette décision, la personne à laquelle il confie cette tâche sera tenue de s'en acquitter.
286, CJ 2, 25, 3	Dioclétien et Maximien	Il a déjà été arrêté que le bénéfice d'une restitution complète peut être accordé à des mineurs, dans les cas où leurs tuteurs ou curateurs ont administré leurs biens d'une façon qui s'est avérée inadéquate, bien qu'ils puissent récupérer ce à quoi ils ont droit de leurs tuteurs ou curateurs par une action personnelle.

329, CJ 4, 43, 2	Constantin	Si une personne sans pitié, par besoin et par extrême pauvreté, vend son fils ou sa fille pour obtenir les moyens de vivre, dans un cas de ce genre, la vente ne sera valide que si l'acheteur avait droit au service de la personne vendue et celui qui a fait la vente et la personne à laquelle l'enfant a été aliéné ont le droit de lui rendre sa liberté, pourvu qu'il remette sa valeur au propriétaire ou lui fournisse en lieu et place un autre esclave.
428, CJ 6, 61, 2	Théodose et Valentin	Pour interpréter de façon plus claire un point de notre nouvelle constitution, nous décrétons que tout ce qui a été donné par un mari ou une femme, à quelque titre, ou transmis par testament aux fils, petits-fils et arrière-petit-fils, ainsi qu'aux filles, petites-filles et arrière-petites-filles, ne peut être acquis pour leur père, même s'ils sont sous contrôle paternel; par contre, il n'est pas permis d'appliquer cette règle à ce qui a été accordé par le parent lui-même, par dot ou don prénuptial et qui a été donné au nom des personnes susmentionnées, de sorte que cela ne doit pas, quelles que soient les circonstances, lui revenir si la possibilité survient, car il faut se garder de ce que la générosité des parents envers leurs enfants soit influencée par ce genre de réflexion...
530, CJ 5, 29, 4	Justinien	Dans le but de pourvoir au bien-être des enfants naturels, nous accordons à leurs pères la permission de leur nommer des tuteurs, pour garantir l'administration des biens qu'il peut leur avoir donnés ou dont il peut les avoir dotés de telle ou telle manière...
530, CJ 5, 35, 3	Justinien	... Car si elles peuvent être nommées tutrices d'enfants légitimes qui ont droit à des tuteurs testamentaires ou légaux et qu'elles peuvent elles-mêmes être tutrices de leurs enfants si d'autres font défaut, il y a d'autant plus de raisons et c'est beaucoup plus humain dans les cas de ce genre de désigner leurs mères, si aucun tuteur légal ne peut être nommé.

C. Jeunes contrevenants

407, CJ		[Les enfants de moins de 7 ans sont des « infantia », incapables de malice et ne peuvent être poursuivis.]

420, CJ 2, 22, 8	Honorius et Théodose	Il a été établi par d'innombrables autorités qu'il faut connaître les intérêts des mineurs, qu'ils aient été coupables de négligence et aient négligé d'agir par ignorance.
529, CJ 5, 60, 3	Justinien	Abolissant l'examen indécent qui existe pour vérifier la puberté des mâles, nous ordonnons que, tout comme les personnes de sexe féminin sont considérées pubères après avoir terminé leur douzième année, de la même façon, les mâles seront considérés être parvenus à cet âge après leur quatorzième année révolue et l'examen honteux de leurs corps est par la présente aboli.
531, CJ 5, 59, 4	Justinien	... Nous ordonnons que les tuteurs ou curateurs, par tous les moyens, soient présents lorsque des mineurs de moins de vingt-cinq ans entament des poursuites criminelles ou sont défendeurs dans les cas où la loi permet à des mineurs et pupilles d'être accusés, car il est plus prudent et plus adéquat que les mineurs présentent leur défense ou leur poursuite avec les pleins conseils de leurs tuteurs, pour qu'ils ne puissent dire ou omettre quoi que ce soit par manque d'expérience ou par impétuosité de la jeunesse si ces paroles ou omissions peuvent leur valoir des avantages ou les mettre à l'abri de dommages ou blessures.

V. Autres sous-incapacités juridiques

451 *av. Cons*	Les douze tables	Si une personne n'a pas l'usage de la raison, et cette personne et ses biens soient sous la protection de sa famille ou de ses parents du côté paternel, si elle n'est pas sous les soins de quiconque.
205, CJ 5, 68, 1	Sévère et Antonin	Si votre père a plus de soixante-dix ans et qu'il est nommé tuteur ou curateur, il peut légalement être excusé.

215, CJ 5, 70, 1	Antonin	Il est normal de nommer des curateurs pour les dilapidateurs et les personnes aliénées, même si elless ont atteint leur majorité.
247, CJ 5, 67, 1	Philip et Caesar Philip	Une personne aveugle, sourde, idiote, folle ou souffrant d'une maladie chronique incurable a une excuse valable pour refuser une charge de tuteur ou de curateur.
287, CJ 8, 47, 5	Dioclétien et Maximien	Si votre fille ne vous manifeste pas le respect qui vous est dû et refuse également de vous fournir les nécessités de la vie, elle peut y être obligée par le gouverneur de la province.
312, CJ 9, 14, 1	Constantin	Si un maître punit son esclave en le frappant de verges ou de courroies ou, pour le tenir sous sa garde, lui met des chaînes, aucune opposition ne peut être soulevée relativement à la période où il a été confiné et le maître n'a pas à craindre de poursuite criminelle, si l'esclave meurt. Car, dans les faits, il n'use pas de ses droits sans modération dans un cas de cette espèce, mais il se rendra coupable d'homicide s'il inflige intentionnellement une blessure mortelle à l'esclave au moyen de verges, pierres ou armes ou s'il ordonne qu'on le pende ou qu'on le jette dans un précipice, etc...
530, CJ 5, 70, 6	Justinien	... Donc, désireux de trancher ce point difficile, décrétons par la présente que, si des personnes aliénées de ce type recouvrent leurs esprits, il est incertain et impossible de savoir si cela durera longtemps ou non et puisque les parties en question fréquemment demeurent à la limite de la folie et de la santé et qu'elles demeurent pendant un temps considérable dans cet état, la folie semble dans certains cas s'être estompée, nous décrétons que la nomination d'un curateur ne sera pas réputée terminée, mais continuera d'exister pendant toute la vie de la personne aliénée car, de façon générale, ce genre de maladie est incurable, et nous décrétons en outre, que pendant leurs intervalles de parfaite lucidité, le curateur ne doit pas exercer son pouvoir et que la personne démente, lorsqu'elle est temporairement en possession de sa raison, peut acquérir des biens et faire tout ce que les personnes saines sont compétentes à faire...

« Portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada »

Michel Morin
Faculté de droit, Droit civil
Université d'Ottawa

I. **Introduction** 141

II. **La conception française de la jurisprudence dans un système de droit codifié** 141

A. Les transformations du système judiciaire pendant la Révolution française 142

1. La réorganisation des tribunaux 142
2. Le contrôle de l'application du droit par les tribunaux 143

B. Le Code civil et ses suites 145

1. L'adoption du Code civil 145
2. L'interprétation du Code civil 147

(a) La conception de Portalis 147
(b) Le rôle de la jurisprudence après la codification 148

C. La jurisprudence en droit pénal français et canadien 149

1. Le code pénal français et la jurisprudence 150

(a) Les débats précédant l'adoption du code 150
(b) Le principe de légalité français et la nullité pour imprécision en droit canadien 152

2. La jurisprudence et les moyens de défense 154

III. **La perception anglaise du rôle de la jurisprudence dans un système de droit codifié** 155

A. Le rôle de la loi en Angleterre 155

1. L'importance du style 156
2. La conception de Jeremy Bentham 157

B. Les tentatives de codification en Angleterre 160

1. La tentative de 1854 160
2. La tentative de 1878 162
3. Les débats au XX[e] siècle 165

IV. **L'expérience canadienne en matière de codification** 166

A. La codification du droit civil québécois 167

1. Les causes de la codification 167
2. Révision des lois et codification 168
3. Le droit civil après la codification de 1865 169

B. La réception du droit pénal anglais au Québec 170

1. Les règles de réception au XVIII[e] siècle 170
2. La réception du droit anglais après la conquête de 1760 171
3. L'évolution du droit pénal de 1774 à 1892 174
4. La jurisprudence pénale, 1851-1891 176

C. La codification de 1892 181

1. Les premiers projets de codification du droit pénal 182
2. La perception de la codification antérieurement à 1892 184
3. L'adoption du code de 1892 187
4. La codification de 1892 à nos jours 191
   (a) Le rôle de la common law 191
   (b) Vers une recodification du droit pénal canadien? 194

V. **Conclusion** 196

Notes de fin de document 197

I. Introduction

Dans le cadre du concours « Perspectives juridiques 1999 : La législation en question », il nous a semblé opportun d'examiner la perception de la codification et de la jurisprudence au Canada. L'échec de la tentative de recodification du droit pénal, proposée par la défunte Commission de réforme du droit en 1986 et en 1991, ainsi qu'une conférence du professeur André Jodouin, ont suscité cette réflexion[1]. De prime abord, il est tentant de supposer que certaines perceptions négatives de la codification expliquent, en partie du moins, l'absence d'intérêt du pouvoir politique envers cette démarche. Une telle hostilité remonte vraisemblablement aux débats du XIX[e] siècle portant sur les projets de codification du droit pénal anglais. Ces critiques prouvent que les relations entre un code et la jurisprudence sont souvent mal comprises. À son tour, cette incompréhension semble trouver sa source dans certains propos attribués à Jeremy Bentham. Or cette partie de ses écrits dénature complètement les objectifs poursuivis par le législateur dans un système de droit codifié. Ceux-ci ont été magnifiquement décrits par Jean-Étienne-Marie Portalis, d'où l'intitulé de la présente étude.

La France a été le premier pays à adopter des codes courts, composés de principes généraux qui embrassent l'ensemble du droit civil ou pénal. À cette époque, les codificateurs croient fermement que les tribunaux doivent disposer d'une importante marge de manoeuvre pour tenir compte de circonstances nouvelles ou imprévues. Ils savent fort bien qu'un texte législatif ne peut pourvoir à toutes les éventualités. L'approche qu'ils privilégient permet néanmoins à la jurisprudence d'évoluer et même de développer de nouvelles règles (I). En Angleterre, certains juristes croient pourtant que la codification est impossible dans un système de common law, car les juges perdraient ainsi le pouvoir de faire évoluer le droit. Une telle perception, on s'en doute, cadre mal avec l'expérience française et ne semble plus guère avoir cours au Royaume-Uni (II). Au Canada, tant le droit civil que le droit pénal ont été codifiés. Les débats européens ont eu leur pendant ici, mais de façon atténuée. Pour des raisons d'ordre linguistique et culturel, les francophones du Québec ont été peu nombreux à s'intéresser au droit pénal. Pour leur part, les anglophones du Québec et de l'Ontario ont reconnu avec le temps les avantages de la codification. L'adoption du *Code criminel* de 1892 a donc fait l'objet d'un large consensus, qu'il semble difficile de recréer à l'heure actuelle (III).

II. La conception française de la jurisprudence dans un système de droit codifié

La codification constitue l'aboutissement d'une période de transformation profonde du système juridique français, qui s'étend de 1789 à 1800 (A). Elle repose sur une conception particulière du rôle de la jurisprudence, qui est toutefois modulée différemment selon qu'il s'agit du droit civil (B) ou du droit pénal. Par la suite, l'évolution du droit pénal français présente des similitudes avec la situation qui prévaut au Canada (C).

A. Les transformations du système judiciaire pendant la Révolution française

En 1790, à l'occasion de la réorganisation du système judiciaire français (1), les juges vont se voir retirer le pouvoir d'interpréter la loi. Cette réforme s'avère très vite un échec, ce qui aura des conséquences importantes pour le droit civil français (2).

1. La réorganisation des tribunaux

En 1789, la Révolution française permet à des représentants élus d'excercer le pouvoir législatif, selon des modalités qui varieront avec les différents régimes constitutionnels. Auparavant, aucun texte ne pouvait être adopté sans l'accord du roi. Les révolutionnaires vouent donc un véritable culte à la loi, perçue comme l'expression de la volonté générale. Ils font également preuve d'hostilité envers les juges, en raison du rôle politique que ceux-ci ont joué sous l'Ancien Régime en s'opposant à la royauté. Ils sont enfin acquis au mouvement des Lumières, dont les représentants dénoncent le caractère irrationnel du système juridique. Ils attaquent en particulier la cruauté du droit pénal, l'absence de proportion entre les crimes et les peines ainsi que l'usage immodéré de la peine de mort. Pour le juriste italien Beccaria, il est même inconcevable que les juges inteprètent les lois pénales[2].

À partir de 1789, les institutions de la France vont être complètement réorganisées. Dès novembre, les Parlements, soit les cours d'appel de l'Ancien Régime, sont dissous. En août 1790, un nouveau système judiciaire est mis en place. En matière pénale, le jury fait son apparition. En matière civile, les parties ont la possibilité de désigner un arbitre; elles sont obligées de se soumettre à une tentative de conciliation. En 1793-94, l'arbitrage devient même obligatoire en matière de successions et de biens communaux. Dès 1790, en matière familiale, les litiges sont soumis à un tribunal de famille; chacune des parties y nomme deux parents ou amis. En cas de désaccord, ceux-ci désignent un arbitre qui dénoue l'impasse. Le terme « ami » ne doit cependant pas faire illusion : très souvent, cet individu a exercé la profession d'avocat ou de procureur avant la Révolution[3]. Ces tribunaux ont notamment compétence en matière de divorce, de filiation et de succession; ils sont abolis en 1796.

La loi de 1790 crée des tribunaux de district. Les juges y sont élus pour un mandat de six ans; les juristes détenant un diplôme universitaire et ayant accumulé cinq années d'expérience sont éligibles. En septembre 1792, l'Assemblée déclenche de nouvelles élections; tous les citoyens âgés d'au moins vingt-cinq ans peuvent être candidats. Entre 1793 et 1795, les députés de la Convention se reconnaissent le droit d'annuler des jugements et de sanctionner les juges qui sont censés avoir mal jugés. Pendant cette période, le Tribunal révolutionnaire est autorisé à condamner à mort sans entendre les témoins ou la défense; il n'y a pas d'appel de ses jugements. En 1794, la Convention confie à son comité de législation le soin de combler les postes de juges vacants; une loi de

1795 autorise le Directoire à faire de même si aucun juge n'a été élu par une assemblée électorale. L'article 264 de la Constitution de l'an III (22 août 1795) interdit expressément au Corps Législatif d'annuler les arrêts du tribunal de cassation. En 1800, Napoléon Bonaparte supprime l'élection des juges, qui seront désormais nommés par le gouvernement.

Dans le système mis en place en 1790, un jugement rendu par le tribunal de district peut être porté en appel devant le tribunal de district voisin. Après des discussions animées, le tribunal de cassation voit le jour en novembre 1790. Son rôle consiste à contrôler l'application de la loi en cassant les jugements et en renvoyant l'affaire devant un tribunal compétent, qui peut toutefois refuser de se ranger à l'avis de la haute juridiction. Après deux renvois infructueux, la question doit être soumise au pouvoir législatif, qui rend un « décret déclaratoire de la loi ». En 1800, Bonaparte supprime l'appel au tribunal de district voisin; il crée plutôt des tribunaux d'appel indépendants dont les arrêts peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation. En 1804, le terme « cour » (d'appel ou de cassation) remplace celui de « tribunal ».

Les révolutionnaires sont hostiles aux professionnels du droit. En 1790, l'ordre des avocats est aboli : le droit de plaider devant les tribunaux est ouvert à tous; on parle alors de défenseur officieux ou d'amis, qui doivent exercer leurs fonctions bénévolement, à titre de service public. En 1791, les avoués font leur apparition : leur rôle consiste à représenter les parties en rédigeant les actes de procédure; seuls les anciens juges, procureurs ou avocats peuvent exercer cette fonction, qui est abolie en 1793. Par la suite, les « fondés de pouvoir » doivent en principe agir gratuitement. En 1804, les avocats doivent s'inscrire à un tableau auprès des tribunaux. Pour être admissible, un candidat doit détenir une licence en droit et avoir complété un stage de trois ans. La rédaction des procédures est réservée à nouveau aux avoués.

La tentative d'éliminer les professionnels du droit se solde donc par un échec. Elle témoigne d'une aspiration profonde, celle de confier au simple citoyen l'application du droit. Pourtant, l'existence au cours de cette période d'un recours en cassation montre que la conception traditionnelle du rôle des tribunaux n'a pas entièrement disparu.

2. Le contrôle de l'application du droit par les tribunaux

Sous l'Ancien Régime, les Parlements exerçaient dans leur ressort, outre leurs fonctions judiciaires, un pouvoir réglementaire assez vaste, à condition toutefois de ne pas déroger aux textes approuvés par le roi, tels que les ordonnances ou les coutumes. Dans certains cas, après qu'une affaire eût été jugée, un arrêt de règlement généralisait la solution donnée au litige[4]. En 1790, ce pouvoir réglementaire est expressément abrogé. Les juges doivent plutôt solliciter l'avis du corps législatif « toutes les fois qu'ils croieront nécessaires, soit d'interpréter la loi, soit d'en faire une nouvelle » : c'est le référé législatif (loi du 16-24 août 1790). L'*Ordonnance sur la procédure civile* de 1667 contenait une règle semblable : les juges devaient s'absenir d'interpréter les textes édictés par le roi et lui

demander de trancher une difficulté. Toutefois, les Parlements avaient fait peu de cas de cette disposition[5].

Le référé législatif s'avère très vite insatisfaisant, car les législateurs s'abstiennent de répondre aux demandes qui leur sont adressées ou tardent à le faire. En 1795, le Directoire filtre les requêtes des tribunaux. Pour sa part, le tribunal de cassation met un frein à cette pratique en se fondant sur l'article 202 de la Constitution de l'an III (1795); celui-ci interdit aux deux Conseils qui détiennent le pouvoir législatif d'exercer une fonction judiciaire. Le tribunal en conclut que le référé doit s'appliquer uniquement à des « cas à venir et non à des cas arrivés, puisqu'alors cette loi ne pourrait s'y appliquer que par un effet rétroactif ». En outre, il censure fréquemment l'utilisation de ce mécanisme au motif que la loi est claire. Il semble donc que les tribunaux doivent rendre jugement avant de recourir à cette procédure, quoique le tribunal de cassation déroge parfois à cette règle. En effet, il adresse dix-huit demandes au Corps Législatif; mais il ne reçoit qu'une seule réponse[6].

En 1800, le législateur abroge l'obligation imposée au juge de lui renvoyer les problèmes d'interprétation. La Cour de cassation continue d'exercer les fonctions qui lui ont été dévolues lors de sa création. Par conséquent, la juridiction devant laquelle est renvoyée une affaire peut refuser d'appliquer l'arrêt de cassation. Après 1800, dans cette hypothèse, le second pourvoi est entendu par les « chambres réunies », soit par l'ensemble des juges, qui siègent normalement en chambres distinctes. Après 1807, si la troisième cour d'appel refuse de suivre l'avis des Chambres réunies, la question est renvoyée au Conseil d'État, dont l'avis est approuvé par l'Empereur, ce qui met fin aux discussions.

En 1828, les Chambres du Parlement sont appelées à trancher un tel conflit en adoptant une loi interprétative, bien que le troisième arrêt devienne définitif pour les parties. Une fois de plus, cette expérience s'avère un échec, car il est souvent difficile de rédiger un texte de portée générale qui mette fin au litige[7]. En conséquence, une loi de 1837 confère une valeur obligatoire à l'arrêt des chambres réunies qui dispose du second pourvoi. Cette procédure a survécu jusqu'à nos jours. Toutefois, depuis 1967, le pourvoi contre le deuxième arrêt est soumis à une Assemblée plénière qui réunit le Premier président, le président, le doyen ainsi que deux conseillers de chacune des six chambres. En 1991, la Cour de cassation comprenait quatre-vingt-quatre conseillers et trente-sept conseillers référendaires; à l'heure actuelle, elle rend plus de trente mille arrêts par année.

Si les premières lois révolutionnaires tentent de réserver au législateur les questions d'interprétation des lois, cette tâche doit très rapidement être dévolue exclusivement aux juges. Après 1837, les législateurs renoncent également à trancher les conflits qui opposent la Cour de cassation et les cours d'appel qui jugent une même affaire de façon concordante. Au terme de cette évolution, il est devenu évident que les juges doivent disposer d'une importante marge de manoeuvre afin de jouer pleinement leur role. Dans une certaine mesure, ce constat a rendu possible la codification du droit civil français.

B. Le Code civil et ses suites

En 1804, la France se dote d'un Code civil (1). Dès cette époque, les auteurs de ce texte entrevoient le rôle essentiel que la jurisprudence sera appelée à jouer jusqu'à nos jours (2).

1. L'adoption du Code civil

Sous l'Ancien régime, le droit privé se compose de multiples sources. Dans le Nord et le centre du royaume, une soixantaine de coutumes s'appliquent dans autant de régions déterminées. Initialement orales, elles sont mises par écrit à partir du XVI[e] siècle. Dans le Sud, le droit romain est considéré comme le droit commun, ce qui n'exclut pas l'existence d'usages particuliers. Des ordonnances royales régissent la procédure civile et pénale, le droit commercial et, depuis le XVIII[e] siècle, les donations et les testaments. En droit des obligations et des contrats, la jurisprudence a d'abord puisé dans le droit romain et canonique; par la suite la doctrine, en particulier Jean Domat (1625-1696) et surtout Robert-Joseph Pothier (1699-1772), ont synthétisé cet apport en employant des formules générales et concises qui leur ont valu une renommée internationale. En droit de la famille, le droit canonique continue de régir notamment la validité des mariages et les questions de filiation.

En août 1790, l'Assemblée nationale annonce son intention de faire préparer « un code général de lois simples et claires appropriées à la Constitution ». Un décret du 2 septembre 1791 ajoute : « [i]l sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume, pour bien définir les lois de liberté, de propriété et de libres contrats ». L'Assemblée espère sans doute renforcer ainsi sa légitimité et son pouvoir. C'est toutefois le droit pénal qui retient d'abord son attention. Une premier code, complet et bien structuré, est édicté en 1791. Il supprime plusieurs infractions à caractère religieux tels que la sorcellerie ou les relations homosexuelles entre adultes consentants. En réaction à la discrétion extrêmement large dont jouissaient les juges sous l'Ancien Régime, les peines sont fixes, ce qui exclut toute individualisation. En 1795, le *Code des délits et des peines* est édicté; en dépit de son titre, il s'intéresse uniquement à la procédure pénale. La même année, un code hypothécaire voit également le jour; il est refondu en 1799.

En droit civil, trois projets de code sont rédigés par Cambacérès. Celui de 1793 compte 719 articles; celui de 1794 en comprend 368 et celui de 1797, 1104. Assez sommaires, ils ne sont pas adoptés en raison des guerres et des crises politiques de l'époque. Le premier projet, signe des temps, est jugé trop complexe par certains; le deuxième est qualifié de « recueil de préceptes », tandis que le troisième suscite moins d'opposition de principe. Dans les trois cas, Cambacérès cherche à coordonner la législation révolutionnaire et les règles de l'ancien droit qui demeurent en vigueur[8]. En 1800, Jacqueminot présente un nouveau projet sur le droit des personnes, de la famille et des successions, sans plus de succès.

Sous le Consulat, Napoléon Bonaparte fait reprendre le travail en 1800. La rédaction du projet est confiée à quatre juristes en vue. Deux d'entre eux proviennent d'une région où le droit romain s'applique (Portalis et Maleville); les deux autres (Tronchet et Bigot de Préameneu) sont originaires de pays de droit coutumier. Portalis représente certainement un élément conservateur; ardent défenseur de la famille traditionnelle, il prend la fuite en 1798 car il est favorable à la restauration de la monarchie. Il rentre en France après le coup d'État de Bonaparte[9]. Le 21 janvier 1801, les quatres commissaires soumettent le résultat de leur labeur aux assemblées parlementaires ainsi qu'aux tribunaux d'appel, qui sont tenus de faire connaître leurs observations. L'étude du projet débute peu après. Après un vote défavorable du Tribunat et du Corps législatif sur le Titre I, un sénatus-consulte réduit de moitié le nombre de membres du Tribunat, ce qui permet d'écarter les contestataires. Napoléon continue d'intervenir dans les débats afin que les travaux progressent. Ces discussions, ainsi que les observations des tribunaux, ont été publiés entre 1827 et 1832[10].

Une loi du 30 Ventôse an 12 (21 mars 1804) réunit « en un seul corps de lois, sous le titre de « *Code civil des Français* » les diverses lois qui ont approuvé chacun des titres du code depuis février 1803. Une loi du 3 septembre 1807 prescrit l'utilisation du titre « Code Napoléon », qui demeure en usage aujourd'hui. Par la suite, d'autres Codes sont promulgués : le code de procédure civile (1806), le code de commerce (1807), le code d'instruction criminelle (1808) et le code pénal (1810). L'ancien droit est officiellement abrogé par l'article 7 de la loi de 1804 « dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code ». Il s'ensuit que ses règles peuvent être invoquées à titre supplétif[11]. Par ailleurs, plusieurs dispositions du code reprennent les acquis de la doctrine de l'Ancien Régime, particulièrement en ce qui concerne les obligations et les contrats. Dans cette hypothèse, ces ouvrages continuent d'être cités au début du XIX[e] siècle, mais leur utilisation décline par la suite.

À bien des égards, le Code Napoléon est un document conservateur, qui renoue avec certaines règles de l'Ancien Régime sans renier entièrement la législation révolutionnaire. Ainsi, Napoléon impose sa vision de l'autorité maritale; la puissance paternelle est également renforcée. Signe des temps, l'article 1781 déclare que le maître est cru à sa parole à propos du montant dû à l'ouvrier comme salaire ou du paiement de cette somme; cette disposition ne disparaîtra qu'en 1868. Le droit au divorce est restreint considérablement : la faute est le critère privilégié. Il est d'ailleurs aboli en 1816. Le droit de propriété est pleinement protégé afin de prévenir la renaissance de la féodalité ou l'existence de domaines concurrents sur un même terrain. En matière successorale, les droits des enfants naturels sont limités; le parents recouvrent la possibilité d'augmenter la part d'un enfant légitime.

Le Code civil marque donc un retour aux valeurs traditionnelles de la France. Il instaure un droit national uniforme et tourne la page sur l'effervescence révolutionnaire, notamment en droit de la famille. Il privilégie également une technique de rédaction qui confère un large pouvoir d'appréciation aux juges. Là encore, les idéaux révolutionnaires sont mis de côté et la jurisprudence est remise à l'honneur.

2. L'interprétation du Code civil

(a) La conception de Portalis

En 1790, aux premiers temps de la Révolution, certains révolutionnaires contestent l'utilité de la jurisprudence. Ainsi, Robespierre affirme :

> [...] ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre que la loi : alors il y a toujours identité de jurisprudence.

Son objectif est clair : « rien que la loi et point de jurisprudence ». Pour certains révolutionnaires, les nouvelles lois seront si simples que les jurés pourront les appliquer sans aucune difficulté[12]. Pourtant, dès 1790, au cours des débats parlementaires, plusieurs orateurs affirment que le tribunal de cassation devra assurer l'uniformité d'une jurisprudence afin que celle-ci reflète fidèlement la volonté du législateur[13]. Après 1795, cette conception de la cassation prend de l'ampleur, notamment en raison de l'inefficacité du référé législatif, que les juges utilisent de moins en moins avant de rendre jugement[14]. Néanmoins, en 1801, certains tribunaux critiquent le titre préliminaire du projet de code civil; à leur avis, celui-ci accorde une trop grande discrétion aux juges chargés d'appliquer un texte de loi[15]. Napoléon lui-même, apprenant en 1805 que Maleville avait fait publier une *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, se serait écrié « Mon Code est perdu! »[16]; fort heureusement, il ne lui vint pas l'idée d'interdire les ouvrages de doctrine.

Dans son célèbre discours préliminaire du 21 janvier 1801, Portalis présente le projet de code qu'il vient de compléter avec ses collègues[17]. Il expose alors, dans une langue chatoyante, sa conception de la loi et de la jurisprudence. Il incombe au législateur de « fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ». « [I]l est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux ou trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi ». Portalis ne se fait à ce sujet aucune illusion : un « code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que milles questions inattendues viennent s'offrir au magistrat ». « Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges ». « Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois ». Il conclut : « c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable »[18].

Ainsi, le législateur doit chercher à englober dans des maximes générales les diverses situations susceptibles de se présenter, en faisant les distinctions qui s'imposent d'emblée, mais en renonçant à prévoir toutes les difficultés : « *Tout prévoir*, est un but qu'il est impossible d'atteindre » dit Portalis. Pour sa part, le juge applique les principes de la loi

aux faits, par un raisonnement qui lui permet de prendre en considération tous les aspects du problème et, le cas échéant, de combler une lacune. Si la jurisprudence doit en général être suivie, elle peut changer si « le progrès des lumières le justifie ». Le code constitue donc le point de départ de l'analyse mais ses dispositions peuvent être complétées par les juges.

L'article 4 du Code Napoléon confirme le rôle du juge : celui « qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Le magistrat ne peut plus renvoyer au législateur les questions d'interprétation, comme ce fut le cas entre 1790 et 1800. Jusqu'en 1837, cette procédure subsiste cependant dans le cas particulier d'un désaccord entre la Cour de cassation et les cours d'appel auxquelles une affaire a été renvoyée[19]. L'article 4 du Code Napoléon a été repris pour l'essentiel par l'article 11 du *Code civil du Bas Canada*, puis par l'article 42.1 de la *Loi d'interprétation* [20]. Bien entendu, le juge peut conclure que aucune règle ne l'autorise à accueillir la demande; mais il est obligé de rendre jugement. En outre, l'article 5 du Code Napoléon interdit aux tribunaux « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Il vise ainsi à empêcher la réapparition des arrêts de règlement pris par les cours souveraines avant la Révolution. La mission du juge consiste donc à trouver la meilleure solution au litige dont il est saisi. S'il ne peut créer de règle générale, il doit selon Portalis « étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue » et « ne pas s'exposer au risque d'être tour-à-tour, esclave et rebelle et de désobéir par esprit de servitude »[21].

(b) Le rôle de la jurisprudence après la codification

En dépit de la conception généreuse de Portalis, certains facteurs ont contribué à affaiblir la jurisprudence après l'adoption du Code civil. En France, les arrêts sont d'un laconisme extrême. En effet, les juges ont pour mission d'appliquer les principes directeurs des codes; il n'ont pas à les expliquer. La décision est un cas d'espèce et n'a pas valeur d'exemple; par la suite, les magistrats n'ont pas à s'en préoccuper. Dans ce contexte, certains ont pu croire que la doctrine avait plus d'importance que la jurisprudence. Au XX[e] siècle, on est revenu à une conception plus pragmatique. Lorsqu'un même problème s'est posé à plusieurs reprises et qu'une solution a été adoptée continuellement par les tribunaux, la jurisprudence est qualifiée de « constante ». Théoriquement, les juges ne sont pas *obligés* de suivre cette jurisprudence. En pratique, s'ils vont à contre-courant, ils sont infirmés par une cour d'appel ou par la Cour de cassation. Celle-ci demeure toutefois parfaitement libre d'opérer un revirement de jurisprudence.

En France, les arrêts publiés sont fréquemment accompagnés de notes doctrinales qui permettent au lecteur de comprendre la portée de la décision et de connaître les circonstances d'une affaire. Ces notes signalent l'existence d'une controverse ou l'amorce d'un revirement jurisprudentiel. De même, les nombreux ouvrages de doctrine fournissent une synthèse de la jurisprudence et des règles qu'elle applique, quand ils ne contiennent pas une revue détaillée de son évolution. Ils dégagent les principes qui sont souvent implicites dans les arrêts. Dans de telles conditions, il n'est pas nécessaire d'attribuer aux décisions la valeur de précédents : les auteurs se chargent de guider la jurisprudence. Il importe donc de réfléchir sur le rôle que ceux-ci ont pu jouer au fil des siècles.

Au cours du XIX[e] siècle, une méthode de travail semble dominante chez les juristes, qui a été qualifiée par la suite d'*École de l'exégèse*. Ces auteurs partagent l'idée qu'une solution peut être déduite du code; pour ce faire, ils privilégient les travaux préparatoires, le texte de loi et les principes qui lui sont sous-jacents et accordent moins d'importance à l'histoire ou même à la jurisprudence. En général, ils épousent les valeurs véhiculées par le code, tels l'importance de la famille légitime, de la propriété ou de la liberté contractuelle. Cela n'exclut nullement les controverses doctrinales, très nombreuses, ou même une participation de certains aux luttes politiques.

Au tournant du siècle, une nouvelle tendance apparaît avec Saleilles, Josserand et surtout François Gény. Celui-ci reproche à ses prédécesseurs de bloquer l'évolution de la jurisprudence et de ne pas tenir compte des problèmes sociaux de l'époque (la montée du syndicalisme ou les accidents du travail, par exemple). Gény réclame un élargissement des sources. Il refuse d'admettre que pour chaque question, le législateur avait une solution en vue. Il préconise la « libre recherche scientifique », qui fait une large place à la jurisprudence et au contexte social dans lequel un problème se pose. Plutôt que de tenir compte uniquement des termes de la loi et des discours de 1803-1804, il est préférable d'interpréter le code d'une manière équitable, lorsque la chose est possible sans dénaturer les textes[22].

L'attitude de Gény a fini par s'imposer. Il n'existe plus guère de juristes français qui croient pouvoir raisonner uniquement à partir du code. Il leur faut tenir compte tout d'abord de la jurisprudence et de la doctrine, car diverses opinions y sont soutenues, ainsi que du contexte social. Au XX[e] siècle, les juges feront preuve de plus en plus d'audace, notamment en matière de responsabilité du fait des choses, d'abus de droit ou d'enrichissement injustifié. Ils donnent alors effet à des principes qui n'apparaissent nulle part au code mais qui sous-tendent ses dispositions. La loi continue de jouer un rôle prééminent dans ce système, mais elle laisse place à d'autres sources.

C. La jurisprudence en droit pénal français et canadien

Dès 1801, l'importance de la jurisprudence en droit civil ne fait guère de doute. En droit pénal, des considérations d'un autre ordre entrent en jeu. *A priori*, il est éminemment souhaitable de ne pas exposer l'accusé aux vicissitudes des controverses jurisprudentielles. Pourtant, dès 1810, la nécessité d'interpréter les lois ne fait guère de doute dans l'esprit des législateurs (1). En ce qui concerne les moyens de défense, les juges français ont également une marge de manoeuvre considérable, qui n'est pas sans rappeler la situation au Canada (2).

1. Le code pénal français et la jurisprudence

(a) Les débats précédant l'adoption du code

Nous avons déjà signalé que le premier code pénal français date de 1791. Il abroge les infractions à caractère religieux et les supplices de l'ancien droit et impose des peines fixes, refusant ainsi toute discrétion au juge. En 1808, un code d'instruction criminelle remplace le code de 1795; il règle les questions de procédure. Le code pénal de 1810 aggrave les peines, en rétablissant notamment la marque au fer rouge et l'ablation du poing pour les parricides. Plusieurs de ces dispositions répondent d'ailleurs aux besoins d'un régime totalitaire. D'autres reflètent les valeurs d'une société sur le point de connaître une révolution industrielle. Il en va ainsi des infractions qui assurent la protection des biens ou de celles qui interdisent la grève et la formation de syndicats[23].

Le code de 1810 redonne au juge un large pouvoir d'appréciation en prévoyant dans plusieurs cas des peines minimales et maximales plutôt que fixes, ainsi que des circonstances atténuantes, qui autorisent la mitigation de la peine. Depuis 1832, le jury jouit à cet égard d'une discrétion illimitée. Bien que l'on ait souvent écrit que le code pénal était inspiré par l'utilitarisme, la philosophie qui l'anime est également axée sur la rétribution[24]. Dans les discours de présentation, le nom de Bentahm n'apparaît d'ailleurs qu'une seule fois. Berlier explique que la classification de cet auteur n'a pas été suivie. Il ajoute que si l'on peut titrer parti des « profondes méditations des jurisconsultes et des publicistes, c'est en les rattachant à la loi par des points imperceptibles »[25].

Dans ce contexte, quel rôle est dévolu à la jurisprudence? Le discours préliminaire de Portalis, prononcé en janvier 1801 lors de la présentation du projet de code civil, fait une distinction très nette entre le droit pénal et le droit civil. À son avis, « les matières criminelles peuvent devenir l'objet d'une prévoyance dont les matières civiles ne sont pas susceptibles ». En outre, la libération d'un citoyen doit être la conséquence nécessaire d'une lacune de la loi. En effet :

> La loi qui sert de titre à l'accusation, doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse. Le législateur ne doit point frapper sans avertir : s'il en étaient autrement, la loi, contre son objet essentiel, ne se proposerait donc pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux; ce qui serait contraire à l'essence même des choses.
>
> Ainsi, en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence. Il en est autrement en matière civile [...][26].

Dans ce passage, Portalis refuse d'admettre jusqu'à l'existence de la jurisprudence en droit pénal, même si celle-ci doit jouer un rôle primordial en droit civil. Dix-sept jours plus tard, son attitude sera tout autre. Un projet de loi prévoit que certaines infractions doivent être jugées par des tribunaux d'exception. Au cours des débats précédant l'adoption de ce

texte, certains orateurs soutiennent que ces incriminations sont décrites en termes trop vagues. La réponse de Portalis remet la jurisprudence à l'honneur :

> Une loi n'est point un vocabulaire. Les bons esprits sont sobres de définition. Toutes les lois existantes ont parlé des mêmes choses et employé les mêmes mots, sans faire de défintions nouvelles, et en se rapportant au sens qu'on avait toujours attaché à ces mots. Il faut rarement changer le langage consacré par la jurisprudence. Dans la législation, comme dans les choses sacrées, il est rare que la nouveauté ne soit pas profane[27].

Portalis semble donc reconnaître que la jurisprudence joue un rôle important en droit pénal. Simplement, si le comportement reproché à l'accusé n'est pas clairement visé par la disposition législative invoquée par le ministère public, le juge ou le jury doivent prononcer un acquittement. En 1801, Target prononce un discours préliminaire à l'occasion de la présentation du premier projet de code pénal; il ne souffle mot du rôle de la jurisprudence[28].

En 1810, un exposé de motifs et un rapport précèdent l'adoption des sept lois qui constituent le nouveau code[29]. Ces discours discutent peu du rôle des juges et semblent épouser les thèses de Portalis sur cette question. Ainsi, Berlier rappelle qu'il ne saurait y avoir de condamnation en l'absence d'une « disposition formelle et non équivoque »[30]. Ces orateurs vantent la clarté et la précision du projet de code, tout comme la latitude accordée aux juges lors de l'imposition de la peine. Noailles rappelle que le laconisme de la loi de 1791 a souvent provoqué l'acquittement des faussaires; il espère que « la sage prévoyance du Code actuel atteindra tous les coupables »[31]. Louvet rapelle que « la clarté, la précision, la justesse, une convenable exension à tous les cas, sont indispendables pour l'application des jugemens »[32]; à son avis, les dispositions proposées « n'ont point une extension indéfinie »[33]. Pour Nougarède, l'objectif du code est d'« obtenir, avec la révision des lois pénales, une réunion systématique et régulière de leurs principes généraux »[34]

Pour ces juristes, il va de soi que l'application de certaines dispositions législatives peut donner naissance à une jurisprudence[35]. Il est donc inutile d'énoncer « ce principe antérieur à tous les Codes, que là où il n'y a point de volonté il ne peut y avoir de crime »[36]. Il faut bien entendu « conserver ces règles générales d'équité qui ont été introduites dans la jurisprudence criminelle par le consentement de tous les peuples civilisés; celles, par exemple, qui obligent d'interpréter toujour en faveur de l'accusé le silence et même les expressions obscures de la loi ». Mais « ces principes immuables n'ont pas besoin d'être proclamés par le législateur, ils sont gravés d'avance dans le coeur de tous les magistrats ».[37] Les juges sont donc appelés à faire appel à certains principes préexistants qui n'apparaissent pas dans le code.

Si l'article quatre du code pénal de 1810 se contente d'interdire l'imposition d'une peine qui n'était pas prononcée par la loi au moment de la perpétration de l'infraction, l'article huit de la *Déclaration des droits de l'Homme* de 1789 est plus précis. Il dispose que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Tant le code de 1791 que celui de 1810 vont tenter de respecter l'esprit de la *Déclaration* en définissant avec précision les incriminations. Plusieurs articles

sont réécrits afin de décrire davantage les éléments constitutifs de l'infraction; certaines expressions floues, telles que « principes de la morale naturelle », disparaissent. D'un autre côté, l'Empereur privilégie un style « dogmatique » là où l'on peut « en une seule phrase exprimer avec plus de clarté et d'énergie l'intention du législateur ». Pour sa part, Berlier déclare « [l]es omissions et lacunes ne sont jamais aussi à craindre que lorsqu'on veut entrer dans les détails ». À titre d'illustration, le viol n'est pas défini; le terme « frauduleusement » remplace un paragraphe entier, et l'expression « animal domestique » est substituée à une énumération de dix espèces. À propos des blessures involontaires, Cambacérès se refuse à « enchaîner la conscience des juges »[38]. En somme, « les définitions ne conviennent point aux faits dont le caractère est vulgairement fixé »[39]. Certains éléments constitutifs d'une infraction sont donc formulés de façon ample afin de conférer au juge et au jury un large pouvoir d'appréciation.

Au bout du compte, la phraséologie du Code civil et celle du code pénal sont donc assez semblables. L'héritage révolutionnaire survit toutefois par le biais du principe de légalité, qui n'est pas sans rappeler certaines théories du droit constitutionnel canadien.

(b) Le principe de légalité français et la nullité pour imprécision en droit canadien

Depuis 1958, la *Déclaration des droits de l'Homme* de 1789 fait partie du « bloc de constitutionnalité » que doit respecter le législateur français, sous peine d'être censuré par le Conseil constitutionnel. La jurisprudence continue néanmoins de jouer un rôle essentiel en droit pénal français, qui n'a pas été modifié par l'adoption d'un nouveau code de procédure, en 1959, ou par celle d'un nouveau code pénal, en 1992. À cet égard, la portée du principe de légalité a été bien analysée par la jurisprudence et la doctrine française. Les auteurs Merle et Vitu résument ainsi l'état du droit :

> La légalité rigoureusement entendue exclut donc que, dans la création des incriminations, la loi admette ce que l'on appelle des « types ouverts », c'est-à-dire des définitions d'infractions formulées de façon tellement vague qu'en pratique on peut y faire entrer n'importe quels actes; ce qui serait le cas si, par exemple, une disposition pénale incriminait « tout acte de nature à nuire au peuple français », comme l'avait fait en France une loi du 7 septembre 1941 instituant un tribunal d'État. De même, il convient d'éviter l'emploi de mots vagues, susceptibles de plusieurs interpretations.
>
> L'exigence d'une technique précise pour la rédaction des textes ne saurait évidemment être poussée à l'absurde : le législateur ne peut statuer que par la voie de définitions générales et on ne peut lui demander, à tout instant, d'énumer par le détail toutes les hypothèses particulières que l'imagination suggère; sa tâche deviendrait impossible. D'ailleurs, mieux que ne l'avait fait le Code de 1810, les rédacteurs du Code pénal actuel [de 1992] se sont efforcés de définir avec précision les incriminations retenues, encore qu'ici ou là certaines formulations soient relativement larges. Il est vrai que certaines notions sont assez connues du langage courant ou ont été suffisamment précisées par la jurisprudence pour qu'il n'y ait pas à définir plus spécifiquement : ainsi des notions d'homicide, de violence, de menace ou de stupéfiants[40].

En ce qui concerne le rôle de la jurisprudence, la position française est la suivante :

> Aux magistrats répressifs, le principle de la légalité impose en outre d'interpreter la loi d'une façon non extensive. Il serait inutile que le législateur établisse des incriminations précises si, par une interprétation arbitraire ou analogique, les juges pouvait donner aux textes pénaux telle portée élargie qui leur paratraît désirable : l'incertitude serait pareille, pour les justiciables, à celle qui naîtrait d'une complète absence de textes législatifs. On notera cependant que toute interprétation de la loi ne se trouve pas, pour autant, interdite aux tribunaux, : car il leur faut appliquer les formules générales et abstraites de la loi aux cas concrets; à une interprétation abusivement littérale, il faut préférer une interprétation déclarative ou téléologique, qui n'a rien de contraire au principe de la légalité[41]

À bien des égards, cette conception du rôle de la loi et de la jurisprudence fait songer à celle qu'a retenue la Cour suprême du Canada dans le cadre de la théorie de la nullité des lois pour imprécision. Celle-ci constitue une violation des principes de justice fondamentale que l'État doit respecter avant de porter atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne[42]. Ce vice de rédaction n'est toutefois pas confiné au domaine pénal et peut être retenu dans le cadre d'autres dispositions de la Charte[43]. Il se manifeste si une loi « manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire »[44]. En effet, les « règles juridiques ne fournissent qu'un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n'existe que dans un cas donné, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente »[45]. Un texte législatif ne peut faire plus que d' « énoncer certaines limites, qui tracent les contours d'une sphère de risque »[46]. En droit pénal, « l'État doit énoncer avec un soin particulier les termes du débat judiciaire »[47]. Comparativement au principe de légalité, cette dernière exhortation peut sembler bien timide[48]. Mais elle s'appuie sur une réalité indéniable : il n'est ni possible ni souhaitable d'interdire au législateur d'employer des termes généraux dont la mise en oeuvre incombe aux tribunaux.

En somme, le « pouvoir judiciaire joue toujours un rôle de médiateur dans l'actualisation du droit, encore que l'étendue de ce rôle puisse varier »[49]. La Cour ajoute que les lois « conçues en termes généraux sont peut-être mieux faites pour la réalisation de leurs objectifs »[50]. Ces principes ont été appliqués à l'article 515 (10) b) du *Code criminel*[51], ci-après C.cr.). Aux termes de cette disposition, le tribunal qui se prononce sur la mise en liberté du prévenu jusqu'au terme de son procès doit se demander si la détention de celui-ci « est nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public ». Dans ce libellé, la notion d' « intérêt public » « ne donne aucune indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire »; cela constitue une violation du droit « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable » garanti par l'article 11 e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.[52] Dans cette affaire, le juge Gonthier est en désaccord avec le juge en chef, ce qui montre l'importante marge de manoeuvre dont l'État doit disposer à ses yeux; il rappelle toutefois que les « normes de conduite, dont la violation peut entraîner l'incarcération, doivent être à la fois promulguées et formulées de façon à permettre un niveau élevé de certitude »[53].

Ces remarques font voir que la conception du rôle de la loi en droit constitutionnel canadien et français présente certaines similitudes; il en va de même pour le rôle de la jurisprudence en droit pénal.

2. La jurisprudence et les moyens de défense

Le code pénal français de 1810 contient assez peu de moyens de défense ou de motifs d'exonération de portée générale. Il précise qu'il « n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister » (art. 64). L'absence de discernement des mineurs de moins de seize ans constitue un motif d'acquittement (art. 66). L'article 328 exonère l'auteur d'un homicide, de blessures ou de coups lorsque ceux-ci « étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ». En revanche, toute excuse ou mitigation de peine doit être expressément prévue par la loi (art. 65). Ces expressions ne font l'objet d'aucune définition et il appartient à la jurisprudence et à la doctrine de préciser leurs conditions d'applications.

En l'absence d'indications du législateur, les tribunaux ont été appelés à préciser quel élément intellectuel ou moral est exigé par une incrimination donnée. Ils ont ainsi développé une classification élaborée qui n'est contenue dans aucune disposition législative. L'élément moral peut consister en une intention qui est appelée « dol ». Celui-ci peut être général ou spécial. La faute pénale résulte quant à elle d'une négligence. Enfin, il y a contravention dès que le comportement incriminé se produit, sans égard à l'état d'esprit du contrevenant[54]. L'article 121 du nouveau Code pénal a codifié ces principes[55]. De prime abord, le juriste canadien est tenté de faire un parallèle avec les crimes d'intention générale ou spécifique, la *mens rea* des crimes intentionnels ou de négligence et les infractions de responsabilité absolue. L'analogie n'a pas besoin d'être parfaite pour constater que la jurisprudence joue un rôle fondamental dans les deux systèmes.

Deux exemples permettent de poursuivre cette comparaison. Tout d'abord, dès la fin du XIX[e] siècle, la défense de nécessité a été reconnue en France en l'absence d'une disposition précise portant sur cette question[56]. Au Canada, ce moyen a également été reconnu par la Cour suprême en l'absence de texte[57]. Le nouveau code pénal français a codifié ce principe à l'article 122-7. Le deuxième exemple concerne la notion de consentement. Celle-ci n'apparaît ni dans le code français de 1810, ni dans celui de 1992. En principe, il ne s'agit donc pas d'un moyen de défense, par exemple dans un cas de duel. De manière analogue, en 1921, dans une affaire où un chirurgien inflige des blessures en effectuant une chirurgie esthétique, la Cour de cassation décide que le consentement n'est pas pertinent lorsque le but poursuivi est contraire à l'ordre public; évidemment, la jurisprudence a évolué depuis. Dans un autre ordre d'idées, les tribunaux n'ont eu aucune difficulté à conclure que le terme « viol » présuppose l'absence de consentement de la victime[58]. En l'absence de précisions à ce sujet, un mari peut donc commettre un viol sur la personne de son épouse. À partir de 1984, la Cour de cassation a pu mettre de côté la doctrine antérieure et conclure que l'époux ne jouissait d'aucune immunité particulière[59].

Au Canada, le Code criminel prévoit que le consentement constitue une défense à une accusation de voies de fait[60]. Pourtant, la Cour suprême a conclu qu'en common law, la victime qui accepte de se battre et de se voir infliger des blessures ne donne pas un consentement valide[61]. Plus récemment, elle renverse la règle de common law et déclare que le consentement aux relations sexuelles non-protégées est vicié par la fraude si l'accusé ne révèle pas qu'il est séropositif[62]. Ces affaires montrent bien que les tribunaux disposent d'une marge de manoeuvre considérable lorsque des concepts généraux sont employés, qu'ils n'hésitent pas à utiliser pour étendre la portée de certaines incriminations.

Ainsi, il appert qu'en France, certains moyens de défense ont été reconnus et limités en l'absence de texte précis. Au Canada, la portée d'un moyen mentionné par le code a parfois été restreinte par la jurisprudence. Plus généralement, le nombre limité de moyens de défense reconnus par le code pénal français de 1810 n'est pas sans évoquer la structure du *Code criminel* canadien. Dans les deux cas, la mise en oeuvre d'un code repose sur la jurisprudence. En France, cette situation résulte d'une conception particulière de la codification et de l'abandon des visions idéalistes de la période révolutionnaire. C'est pourquoi en 1810, des notions aussi fondamentales que l'état de démence, la légitime défense ou le discernement ne font l'objet d'aucune définition. Les tribunaux jouissent ainsi d'une marge d'appréciation extrêmement importante. C'est à partir de ce constat qu'il convient d'examiner les tentatives anglaises de codifier le droit pénal.

III. La perception anglaise du rôle de la jurisprudence dans un système de droit codifié

Les difficultés rencontrées en Angleterre lors des tentatives de codification sont attribuables, en partie du moins, au style des lois qui a longtemps été privilégié dans ce pays et qui a été vigoureusement critiqué par Jeremy Bentham (A). Au XIX^e^ siècle, les disciples de celui-ci ont failli convaincre le Parlement d'adopter un code des infractions. Plusieurs juristes ont cependant craint de retirer aux tribunaux la flexibilité que leur procurait la common law. Au XX^e^ siècle, si la nature d'un code est mieux comprise, la codification se fait toujours attendre (B).

A. Le rôle de la loi en Angleterre

La législation anglaise présente des caractéristiques particulières dont il importe de rappeler les origines (1). Il est alors possible de mieux saisir le caractère révolutionnaire des critiques de Bentham (2).

1. L'importance du style

En Angleterre, l'accès à la législation a été pendant longtemps une source de difficultés. Au Moyen Âge, les compilations de lois diffèrent les unes des autres. À partir de 1481, l'imprimerie permet la diffusion d'un texte unique. La première édition officielle de l'ensemble des lois, les *Statutes of the Realm*, est publiée entre 1810 et 1822; elle se termine par les lois adoptées en 1713 et demeure incomplète, en plus de contenir des apocryphes. Il faut attendre le XIX[e] siècle pour que les lois accumulées depuis le Moyen Âge soient abrogées, refondues ou réformées. Encore faut-il noter que cela n'a lieu que par secteurs. Aucune refonte générale n'est réalisée, bien qu'en 1853, un comité puis une commission soient mis sur pied afin d'oeuvrer à cette tâche[63]. Entre 1870 et 1878, à la suite des nombreuses abrogations effectuées par le Parlement, l'éditeur officiel peut publier un recueil de dix-huit volumes comprenant les lois d'intérêt général et permanent qui demeurent en vigueur. Cette « révision » effectue une mise en ordre strictement chronologique. Elle n'offre pas un texte continu intégrant l'ensemble les dispositions portant sur une même question, ce qui constituerait une refonte. En effet, cette dernière opération est problématique sur le plan stylistique dans un pays où les lois ont été édictées à partir du XIII[e] siècle[64].

Les traditions des légistes sont également à l'origine de certaines caractéristiques de la législation britannique. À une certaine époque, les rédacteurs des projets de loi sont souvent des spécialistes de la rédaction d'actes juridiques de droit privé, les *conveyancers*; ils sont payés au mot. Par habitude professionnelle, ils emploient des phrases extrêmement longues, qui occupent assez souvent un paragraphe ou même une page, au sein duquel les synonymes sont multipliés à outrance. En effet, le dispositif par lequel le Parlement décrète ce qui va suivre doit être répété au début de chaque phrase. En outre, les lois ne sont pas divisées en articles numérotés. Pour les abroger ou les modifier, il est nécessaire de reproduire ou de paraphraser le passage pertinent. Il faut attendre jusqu'en 1850 pour qu'une loi, dite de lord Brougham, abroge ces règles et prévoit la division des lois en articles relativement brefs, bien qu'en pratique, cette façon de faire a déjà été adoptée depuis un certain temps[65].

À la fin du XVIII[e] siècle, Jeremy Bentham décrit ainsi les problème posés par le style des lois anglaises[66] :

> C'est par l'ensemble de tous ces défauts que les statuts anglais acquièrent cette prolixité démesurée, et que la loi est offusquée sous le verbiage de la législation. Il est essentiel de ménager à l'esprit de fréquents repos, non-seulement par la distinction des paragraphes, mais encore par la coupe des phrases dont le paragraphe est composé. Cette circonstance importe également pour l'intelligence et pour la mémoire.
>
> C'est encore là un défaut bien choquant des statuts anglais. Il faut souvent parcourir des paragraphes pour arriver à un sens déterminé, et le commencement de la phrase est oublié avant qu'on soit parvenu au milieu.

En 1879, le juge en chef Cockburn lui-même exprime une opinion semblable. Il déplore « [Traduction] la phraséologie surchargée, prolixe, artificielle et confondante de nos lois »[67].

D'autre part, dans le système de common law, les principes juridiques ont été élaborés par les juges. Jusqu'au XIX[e] siècle, les lois se contentent de modifier certaines règles posées par la jurisprudence. Elles lui empruntent ses concepts et sa terminologie souvent obscure et n'exposent pas les principes généraux que les juristes sont censés connaître. Dans cette hypothèse, le lecteur ou la lectrice est implicitement renvoyé aux décisions des tribunaux. Pour cette raison, les juges présument que la common law survit à la loi, sauf dans la mesure où elle est indiscutablement modifiée par une disposition législative. En outre, l'interprétation stricte est particulièrement répandue en matière pénale, car il en va le plus souvent de la vie de l'accusé. Ainsi, il a été jugé que le mot « dinde » n'inclut pas une dinde morte et que l'interdiction de voler des « chevaux » exclut le vol d'un seul animal[68]. Au XIX[e] siècle, ce stratagème permet de circonscrire l'impact de certaines réformes importantes entreprises par le Parlement britannique. Dans ces conditions, la prolixité constitue certes une vertu. En 1891, le juge Bramwell résume cette situation dans une formule lapidaire : « [Traduction] un rédacteur prudent ne cherche pas à déterminer de manière exacte si un terme est superflu, il ne prend pas de risques et il l'utilise »[69].

2. La conception de Jeremy Bentham

En Angleterre, l'idée de codification est assez ancienne. Au début du XVII[e] siècle, le chancelier Bacon souhaite qu'un Digeste fasse la synthèse de la législation et de la common law. En 1653, sous le Commonwealth, les députés abolissent la chancellerie et projettent de réduire la common law sous la forme d'un « code » de poche qui pourrait être aisément transporté. C'est toutefois Jeremy Bentham (1748-1832) qui se fait le champion de cette cause. Ses travaux très éclectiques ont marqué le XIX[e] siècle et même le XX[e], notamment sa conception du pénitencier et de l'utilitarisme. Bentham mène une véritable croisade contre les connaissances techniques des professions juridiques et la common law. Celle-ci ne contient à son avis aucune règle préétablie; elle est énoncée au gré des juges. La common law, écrit-il, est un « droit pour les chiens » (*Dog Law*). Pour dresser un animal, le maître attend que celui-ci fasse ce qu'il veut lui interdire de faire, puis il le bat. C'est ainsi que l'on fait pour les chiens, et c'est ainsi que les juges font pour leurs concitoyens[70]. Dans un style plus exotique, on peut citer le commentaire suivant :

> [Traduction] La multitude est ainsi condamnée à une ruine inévitable, pour un crime qui consiste à ignorer l'opinion d'un juge, dix ou vingt ans avant que la question ne vienne à l'esprit de ce dernier. Cette confusion et cette injustice sont de l'essence même de ce qui en Angleterre est appelé common law - ce monstre à plusieurs têtes, qui, incapable de penser à une chose avant qu'elle ne se produise, ou même d'être rationnel, prétend avoir tout déterminé à l'avance. Nabuchodonosor mettait à mort les hommes qui ne pouvaient trouver une signification à ses rêves : mais les rêves étaient au moins rêvés en premier lieu, et dûment notifiés. Les juges anglais

> mettent à mort très froidement les hommes qui ont été incapables d'interpréter leurs rêves, avant même que ceux-ci aient été rêvés[71]

Bentham prône par conséquent l'adoption de codes fondés sur le principe d'utilité, qui consiste à procurer la plus grande satisfaction possible au plus grand nombre. Son projet prend forme dès 1780. À partir de 1811, il tente sans succès de convaincre les Américains puis les autres pays du monde de s'engager à examiner un projet de code qu'il offre de rédiger sans frais. S'il a composé plusieurs esquisses, il n'a jamais mené à bien la rédaction d'un code. Dans son propre pays, ses théories ont eu peu d'influence sur les universitaires du XIX[e] siècle[72].

L'opinion de Bentham sur la codification semble mal connue. Assez souvent, un seul de ces textes est analysé, *A General View of a Complete Code of Laws*[73]. Il s'agit là de la traduction d'un chapitre des *Traités de législation civile et pénale*, publiés en français par Étienne Dumont en 1802. Ce dernier a réuni dans un même volume des manuscrits disparates. Dans un « discours préliminaire », il déclare d'entrée de jeu qu'il a eu « plus à retrancher qu'à ajouter, plus à abréger qu'à étendre », qu'il a parfois « essayé de donner plus de développement aux idées » et qu'il s'est « permis de semer avec discrétion quelques ornements »[74]. Il faut donc faire preuve de prudence en examinant cet ouvrage[75].

Si l'on en croit ce texte, le code général envisagé par Bentham doit être complet : « tout ce qui n'est pas dans le corps de lois ne sera pas loi »[76]. À son avis, il est possible de prévoir tous les types de problème susceptibles de se présenter. Dans un code, la clarté et la brièveté sont de mise, même si le corps des lois sera toujours trop considérable pour se fixer en entier dans la mémoire du citoyen. De là la nécessité de faire des titres particuliers pour différentes catégories de personnes, afin que celles-ci puissent avoir à l'esprit les règles qui les concernent avant d'agir. Ainsi, le père de famille ou l'agriculteur seraient à même de se renseigner sur leurs droits et obligations. Dans la mesure du possible, il faudrait employer des « termes de droit familiers au peuple », ou alors définir les termes techniques. Au sujet de ce futur code, le texte attribué à Bentham se termine ainsi[77] :

> Il ne faudra point d'écoles de droit pour l'expliquer, point de professeurs pour le commenter, point de glossaires pour l'entendre, point de casuistes pour en dénouer les subtilités. Il parlera la langue familière à tout le monde. Chacun pourrait le consulter au besoin. Ce qui le distinguera des autres livres, c'est une plus grande simplicité et une plus grande clarté. Le père de famille, le texte des lois à la main, pourra sans interprète les enseigner lui-même à ses enfants, et donner aux préceptes de la morale particulière la force et la dignité de la morale publique.

Cette vision réductrice cadre mal avec les autres écrits de Bentham. Ainsi, dans l'édition anglaise, on trouve un chapitre additionnel qui ne figure pas dans le texte de Dumont, intitulé « Of the Interpretation, Conservation and Improvement of a Code ». Bentham y déclare qu'après l'adoption d'un code, il faut interdire le recours aux précédents judiciaires ou aux commentaires doctrinaux. Si un cas imprévu se présente, le juge peut suggérer une solution qui devra toutefois être intégrée au code pour avoir force de loi. De façon générale, les tribunaux doivent porter à l'attention du législateur les défauts qu'ils observent. Si les termes employés ne reflètent pas fidèlement ce que celui-ci avait en vue,

le juge peut, de façon exceptionnelle, pallier cette lacune par voie d'interprétation; toutefois, il doit s'abstenir de suppléer les lacunes du texte. Enfin, le code doit être révisé au bout d'un siècle, car sa terminologie deviendra obsolète en raison de l'écoulement du temps[78].

D'autres écrits de Bentham insistent sur la nécessité de joindre aux dispositions du code une exposition détaillée de leur portée. Dans une note publiée en 1789 à la suite de *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Bentham précise qu'un précepte de quelques mots (par exemple, « Tu ne voleras point ») sera complété par un volume entier qui exposera les cas d'application du texte et sa signification. La classification des infractions entraîne alors, par voie de conséquence, la définition des droits d'ordre privé et la confection d'un corps complet de loi, le « *pannomion* »[79].

Les problèmes d'interprétation ne disparaîtront pas pour autant. Dès 1790, Bentham emprunte à Pufendorf l'exemple suivant, qu'il réutilisera souvent par la suite. Dans une ville italienne, une loi édicte que « quiconque fera couler le sang dans les rues sera mis à mort ». Mais que faire si un médecin pratique une saignée pour venir en aide à un homme frappé d'apoplexie? Ou si un assassin étrangle son adversaire en pleine rue[80]? Un manuscrit rédigé en 1782, mais demeuré inédit jusqu'au XX^{e} siècle, fournit déjà une réponse à cette question. S'il croit que le législateur a omis de prendre en considération un problème précis, le juge doit transmettre une proposition de règle au pouvoir législatif, qui pourra la modifier ou la rejeter. En cas d'inaction, elle sera présumée avoir été adoptée[81]. Cette solution est reprise en 1790 dans un projet de système judiciaire destiné à la France, ainsi que dans le code constitutionnel que Bentham rédige vers 1822[82].

Après 1811, Bentham demeure fidèle à cette conception, en particulier quant à la nécessité de préparer un « commentaire perpétuel ». Celui-ci doit contenir une « masse de motifs » qui accompagnent des codes particuliers nombreux et très brefs (quelques pages), ainsi qu'un code général[83]. Bentham reproche aux codes napoléoniens de pas être pourvus de tels instruments[84]. À son avis, les discours préliminaires qui les ont précédés contiennent une « [Traduction] : masse de vagues généralités flottant dans les airs, sans aucune application aux circonstances particulières »[85]. Les motifs ou raisons du code doivent susciter l'adhésion de la population et servir de balises aux juges chargés d'appliquer ses dispositions, sans nécessairement leur fournir une solution toute faite[86].

Dans les lettres ouvertes qu'il adresse aux autorités américaines, Bentham reconnaît que les non-juristes n'ont ni le talent ni les aptitudes pour être leurs propres avocats. L'adoption de codes permettrait toutefois aux gens éduqués de s'instruire par eux-mêmes, même s'il sera toujours nécessaire de faire trancher les contestations par des juges[87]. Les problèmes dus aux changements sociaux doivent cependant demeurer la chasse gardée du législateur[88]. Dans les années 1820, Bentham s'intéresse aux règles de preuve et de procédure; dans ce contexte, il privilégie l'emploi de principes généraux qui font appel à une grande discrétion judiciaire, afin que le principe d'utilité puisse triompher. Selon Gerald Postema, cette théorie peut difficilement s'accomoder d'une conception mécaniste de l'application du droit[89]. En outre, Bentham était tout sauf un utopiste. S'il ne pouvait accepter qu'un jugement pose une règle applicable aux affaires futures, il savait très bien que la solution d'un litige prêterait parfois à discussion[90].

Bentham rejoint la pensée de Portalis sur un point : les principes généraux d'un code ne se suffisent pas à eux-mêmes et doivent faire l'objet d'une mise en oeuvre. Pour lui, le législateur doit fournir des motifs qui exposent la raison d'être des dispositions du code, définissent les termes employés et les hypothèses qu'ils visent et articulent les liens entre divers secteurs du droit. De cette manière, le rôle des juges est limité au minimum; les problèmes et les cas imprévus doivent obligatoirement être portés à l'attention des députés. Pour Portalis, ce sont les tribunaux et la doctrine qui doivent appliquer les principes généraux du code aux circonstances particulières. Ces différences de vues ont pu jouer un rôle dans l'échec des tentatives de codification du droit pénal anglais.

B. Les tentatives de codification en Angleterre

Si le projet de code pénal de 1854 a suscité des réactions virulentes (1), il n'en va pas de même du texte présenté en 1878 (2). De nos jours, la codification semble mieux comprise, même s'il est peu probale qu'elle soit jamais menée à bien en Angleterre (3).

1. La tentative de 1854

Dans les années 1820, en pleine Révolution industrielle, la société anglaise ressent le besoin de moderniser son système juridique. Les critiques fusent de toute part et les réformes paraissent inévitables. Néanmoins, les idées radicales de Bentham vont être rapidement écartées au profit de changements qui portent très peu atteinte au pouvoir des juges. Initialement, un débat fait rage à propos de la codification. Le Code Napoléon, qui a été traduit, retient l'attention. Certains lui reprochent d'avoir généré des centaines d'ouvrages, qu'il s'agisse de commentaires, de traités ou de recueils de jurisprudence; ils ne comprennent donc pas que l'objectif du législateur n'était pas de mettre un terme à ces publications. À cette époque, il existe d'ailleurs une véritable engouement pour Pothier, qui a été traduit et qui offre l'avantage d'avoir vécu avant la Révolution française[91]. Traditionnellement, les opinions des juges sont perçues comme une explication de principes immanents qu'il est nécessaire d'adapter aux circonstances de chaque affaire. En ce sens, la common law est un droit « non-écrit », qui doit être déduit des motifs des juges. Ceux-ci prennent d'ailleurs la forme d'une allocution qui est transcrite par un éditeur agissant à titre privé. Dans ces conditions, il n'est donc pas possible de formuler les règles de la common law de façon définitive, ce qui exclut l'idée d'une codification[92].

En droit pénal, la refonte des lois, c'est-à-dire le regroupement en un seul texte de lois adoptées au fil des siècles, ne suscite guère d'objections, pas plus que l'abrogation ou la révision de lois multiples, désuètes et contradictoires. Ce processus est mené à bien entre 1826 et 1832 ainsi qu'en 1861[93]. Si l'on qualifie parfois ces réformes de codification, il y a là un abus de langage, puisqu'il s'agit d'une remise en ordre ou d'une modernisation des lois. Une véritable codification consisterait à fusionner dans un texte nouveau les règles de la

common law et de la législation, sous forme de principes généraux susceptibles d'englober l'ensemble de la matière et d'évoluer au fil de la jurisprudence.

En 1833, une commission est chargée de codifier les infractions créées par la loi ou reconnues par la common law. Cela résulte d'une initiative prise par lord Brougham, dont l'action est inspirée par Bentham, mais qui est prêt à faire les compromis que son maître abhorrait. Après quelques péripéties, un projet de code est déposé entre 1845 et 1847. Sans être d'une facture aussi générale que le Code pénal français, sa phraséologie est plus aérée que celle de la législation de l'époque. De nombreuses notes indiquent la provenance de ses dispositions. Fait inhabituel, les termes « volontairement » (*willfully*), malicieusement (*maliciously*) et « accidentellemt » (*accidentally*) sont définis[94].

En 1853, le chancelier Cranworth présente à la Chambre des lords des projets inspirés des rapports déposés par cette commission. L'année suivante, il demande aux juges des cours supérieures si ces textes sont susceptibles d'améliorer l'administration de la justice criminelle « ou l'inverse ». Les quatorze réponses qu'il reçoit sont instructives[95]. Le juge en chef Jervis se déclare favorable à l'idée de codifier le droit pénal mais déplore que le projet ne soit pas complet; il croit toutefois que le Parlement ne parviendra pas à adopter un code traitant de questions controversées telles que la sédition et la religion[96]. Les autres juges s'opposent à l'idée d'abroger la common law, tout en soulignant que la refonte de la législation pénale serait éminemment souhaitable[97]. Ils affirment qu'un texte de loi prête davantage à interprétation que les règles de la common law, qui sont à leur avis bien fixées[98]. Certains croient que seule la common law contient des principes, qu'il est vain de chercher dans la législation[99].

Faisant écho sans le savoir à Portalis, les juges rappellent qu'il est impossible de pourvoir à toutes les éventualités[100]. Par conséquent, une personne qui commettrait une infraction reconnue par la common law risquerait d'être acquittée si le nouveau code omettait d'en faire mention. Au contraire, la souplesse ou la flexibilité de la common law permettent aux juges de réagir aux « [Traduction] nouvelles combinaisons de circonstances qui apparaissent avec le temps »[101]. Cet argument vise à préserver le pouvoir de créer de nouveaux délits, c'est-à-dire des *misdemeanors*[102]. La souplesse de la common law permet donc aux juges d'accroître le champ d'application du droit pénal. Signalons au passage que les délits sont passibles de prison ou d'amende, par opposition aux crimes, les félonies du droit anglais, qui étaient initialement sanctionnés par la confiscation des biens et la peine de mort.

Un dernier argument est intéressant, car il préfigure certaines objections actuelles. À qui profitera le nouveau code, demande le juge Coleridge? Ni aux praticiens, ni aux étudiants, ni au public, répond-il. En effet, plusieurs termes du projet ne sont pas définis et proviennent de la common law. Il faudra donc consulter les ouvrages de doctrine et la jurisprudence qui existent déjà, sans compter les nombreuses décisions interprétant le nouveau code. La tâche des avocats et des étudiants sera donc la même. Quand au grand public, à supposer qu'on lui fournisse gratuitement le code et qu'il le lise, rares seront ceux qui en retiendraient plus que ce que la tradition leur a déjà enseigné[103]. On voit ici poindre la conception simpliste de la codification attribuée à Bentham.
À la même époque, un commentateur anonyme critique l'idée de codifier la common law :

> [Traduction] L'opération est impossible. Un code de common law est une contradiction dans les termes. La fonction de la loi est de corriger et de suppléer les lacunes de la common law, mais non de la remplacer; toutes les lois constituent avec le temps le noyau d'un groupe de précédents de common law qui permettent de les interpréter et de les appliquer[104].

Dans l'ensemble, ces juristes critiquent la rigidité des lois rédigées à l'anglaise avec une foule de synonymes et une description minutieuse de toutes les situations envisageables. Ils ne semblent pas connaître les codes français, dont les dispositions très larges visent une infinité de situations factuelles. Car la souplesse inhérente aux formules générales privilégiées par un code civil constitue précisément sa qualité primordiale!

2. La tentative de 1878

L'idée de codifier le droit anglais n'est toutefois pas abandonnée. En Inde, plusieurs codes rédigés par des juristes anglais sont adoptés entre 1830 et 1860. L'auteur du code pénal, Thomas Babington Macaulay, rédige en outre des motifs explicatifs, comme le souhaitait Bentham; cette particularité semble avoir contribué au succès rencontré par ce texte, même s'il ne faut pas oublier qu'il s'agissait d'une mesure impérialiste destinée à abroger le droit local[105]. En 1866, une commission parlementaire britannique invite les juristes à lui présenter des compilations des principes applicables à un secteur donné. En 1870, le Colonial Office demande à R.S. Wright de rédiger un projet de code pénal pour la Jamaïque. En dépit de ses qualités, il ne sera jamais adopté dans cette colonie, bien qu'il ait parfois été repris ailleurs[106]. En 1874, ce document est révisé par James Fitzjames Stephen, qui admire les codes de l'Inde, où il a exercé la fonction de jurisconsulte. Il soumet un projet de loi concernant le crime d'homicide en 1874 et un autre sur les règles de preuve, en 1876.

En 1874, un comité parlementaire recueille les opinions de trois juges sur le projet de loi concernant le crime d'homicide; un seul d'entre eux, le juge Blackburn craint de voir disparaître la souplesse de la common law[107]. Stephen a toutefois beau jeu de signaler que le juge Bramwell et le juge Blackburn ont formulé devant le comité des opinions contradictoires sur des règles de common law dont l'importance est fondamentale, ce qui illustre la nécessité de la codification[108]. Dans une lettre qu'il fait parvenir au comité, le juge en chef Cockburn se déclare très favorable à la codification de l'ensemble du droit pénal. Il s'oppose donc au projet, qui est partiel, en plus d'être rédigé dans un style obscur et surchargé[109].

Stephen publie en 1877 une synthèse du droit pénal anglais, accompagnée de notes abondantes. Son objectif est de prouver qu'il est possible de codifier ce droit. Pour ce faire, il simplifie considérablement la phraséologie des lois existantes; d'autre part, il renonce à s'attaquer à certains principes généraux, tels que la *mens rea*[110]. À sa demande, le gouvernement lui confie alors la rédaction d'un projet de codification des infractions, qui est présenté à la Chambre des communes en 1878[111]. Une commission formée de trois juges

et de Stephen est formée afin de l'étudier et d'y apporter des changements. Le juge Blackburn, qui a fini par accepter les mérites d'une telle réforme, en fait partie.

Dans son rapport de 1879, la commission déclare qu'elle a modifié pratiquement tous les articles du projet de 1878 ainsi que son plan, notamment afin d'accroître sa précision[112]. En matière de vol, de faux et de faux-monnayage, le projet reprend en partie les lois de l'époque, ce qui explique la profusion de distinctions qu'il contient[113]. De façon générale, le projet constitute une amélioration notable comparativement aux lois en vigueur, même s'il évite délibérément la phraséologie ample des codes français. Dès le début de son rapport, la commission réfute les critiques qui sont généralement adressées à la codification[114]. Elle explique qu'un code ne saurait fournir une réponse à toutes les questions qui se poseront après son adoption; il est tout simplement impossible de satisfaire à une telle exigence. En ce qui a trait à la prétendue souplesse de la common law, celle-ci fournit presque toujours une réponse aux problèmes posés par des circonstances nouvelles. La capacité des juges d'innover est donc très réduite. Dans la mesure où un code reproduit des règles qui existent déjà, il modifie la forme du droit plutôt que son contenu. Dans certains cas, le projet confère d'ailleurs un large pouvoir d'appréciation aux juges et au jury. En réalité, l'élasticité est synonyme d'incertitude, mais celle-ci est réduite par le caractère détaillé et explicite des règles de common law. Il s'ensuit qu'un code reproduisant celle-ci doit présenter ces mêmes carcatéristiques[115].

Par opposition, en France, où il n'existe pas de règle du précédent, les juges peuvent se fonder sur des considérations de justice et d'opportunité en précisant la portée d'un article du Code pénal. S'ils sont guidés par les décisions antérieures, ils ne sont pas liés par elle. Aux dires de la commission, le droit pénal français est donc infiniment plus élastique que celui de l'Angleterre. Ainsi, la Cour de cassation a pu décider en 1810 que le duel ne constituait pas un assassinat (un homicide prémédité) et renverser cette jurisprudence en 1837. En outre, comparativement au projet anglais, les codes français et allemands laissent aux juges et aux jurés le soin de trancher un grand nombre de questions. La commission conclut :

> [Traduction] Nous pouvons remarquer que cette généralité de langage, à laquelle la discrétion judiciaire doit si souvent suppléer, donne aux codes étrangers cette apparence de complétude qui a créée tant d'incompréhension à propos de ce qui devrait ou pourrait être accompli par un code dans ce pays[116].

En proposant l'abolition des infractions de common law, la commission retire aux juges un pouvoir discrétionnaire important. Mais il lui semble normal que celui-ci soit réservé au Parlement, même si un accusé devra être acquitté si une infraction de common law est omise par inadvertance du nouveau code. En revanche, si l'omission porte sur un moyen de défense, il n'est pas acceptable de condamner l'accusé. C'est pourquoi une disposition du projet préserve les moyens de défense, les justifications et les excuses prévus par la common law[117]. La commission ajoute qu'en appliquant un principe à des circonstances nouvelles, les juges se fondent sur sa « substance » plutôt que sur la formulation des précédents. Dans un cas donné, une disposition législative risque d'être soit trop restrictive, soit trop générale. C'est pourquoi la défense de nécessité a été retirée du projet et celle de contrainte a été reformulée; l'erreur de fait et l'ivresse n'ont pas davantage fait l'objet d'un

article[118]. Dans certains cas, cette omission provient peut-être d'un désacord entre les commissaires[119]. Quoiqu'il en soit, il appert que certaines dispositions du projet de Stephen ont été volontairement écartées afin de préserver la discrétion conférée aux juges par la common law.

En 1879, les syndicats appuient le projet de Stephen, mais leur enthousiasme diminue lorsqu'ils constatent que ses dispositions exposent leurs membres à des poursuites[120]. Bien qu'il soit personnellement favorable à la codification du droit anglais, le juge en chef Cockburn rédige deux longues critiques des dispositions proposées; la première est publiée dans les documents parlementaires[121]. À son avis, le projet contient de multiples imperfections; sa formulation laisse souvent à désirer, notamment parce qu'il contient de multiples clauses d'exception (*provisoes*). Il est donc préférable de retarder son adoption[122]. À plusieurs reprises, ce magistrat déplore l'emploi de termes vagues, tels que « blasphème » ou « violation de la paix »[123]. Il s'oppose avec véhémence à l'abrogation partielle de trente-neuf lois différentes, que les commissaires ont préservé en partie pour des questions de procédure. À son avis, le code doit contenir toutes les règles du droit pénal, notamment celles sur la procédure sommaire, qui ont été omises[124]. Il déclare avoir été ébahi de lire que les moyens de défense prévus par la common law seraient préservés. Ses commentaires méritent d'être cités intégralement, car ils sont d'actualité dans le contexte canadien :

> [Traduction] Une telle disposition me paraît être entièrement incompatible avec toutes les conceptions de la codification du droit. S'il vaut la peine de codifier, tout ce qui constitue une partie importante du droit devrait trouver sa place dans le Code. Les circonstances qui font en sorte qu'un acte qui serait par ailleurs criminel sera excusé ou justifié, constituent une partie essentielle du droit, qu'il soit écrit ou non-écrit. Si le droit non-écrit doit être incorporé dans un code en tant que partie du droit, une partie aussi essentielle que celle dont nous parlons devrait certainement être intégrée au Code et ne devrait pas demeurer dispersée à être trouvée dans le droit non-écrit ou traditionnel que plus personne n'aura interêt à étudier et qui deviendra rapidement désuet après que le Code aura été adopté. Nous avons éliminé la common law en ce qui concerne la question des crimes. Plus personne ne pourra dorénavant être accusé d'y avoir contrevenu. Pourquoi alors avoir maintenu en vie cette partie particulière? Pourquoi ces règles que l'on propose de rendre applicables aux infractions contenues dans le Code ne sont-elles pas énoncées, comme le projet suppose qu'elles peuvent l'être, et intégrées au Code, qui serait ainsi rendu complet[125]?

Les débats parlementaires de 1879 montrent que l'abrogation de la common law suscite encore des réticences[126]. En effet, un code devra forcément être interprété ou modifié à l'avenir[127]; en outre, le projet introduirait selon certains en Angleterre des principes de droit pénal français[128]. Pusieurs députés déplorent le caractère partiel de la mesure, du moins en ce qui a trait aux infractions contenues dans la législation[129]. D'autres soulignent l'opportunité d'une telle réforme[130]. L'attitude quelque peu intransigeante du procureur général et le manque de temps font en sorte que le projet ne peut être adopté. En 1880, un nouveau projet semble en voie de l'être. Les mêmes arguments refont alors surface, notamment l'inquiétude face à la disparition de la common law[131], puis l'idée que code ne

fournira pas toutes les réponses et devra être interprété[132]; en revanche, certains soulignent l'importance et l'utilité de cette mesure[133].

Avant que le projet de code ait pu être adopté, le Parlement est dissous abruptement en raison d'une crise concernant l'Irlande[134]. En 1883, le nouveau gouvernement reprend à son compte les dispositions du projet concernant la procédure pénale. Il se heurte immédiatement à l'opposition des députés irlandais, pour qui ces modifications permettront au gouvernement d'emprisonner de manière abusive des individus simplement soupçonnés d'avoir commis une infraction[135]. D'autres croient qu'il s'agit d'une procédure inquisitoire de type français[136] ou estiment que le projet contient des innovations dangereuses[137]. Le comité chargé d'étudier ce projet ne parvient pas à mener sa tâche à bien[138].

La conjoncture politique a joué un rôle déterminant dans l'échec de ces tentatives. Cependant, plusieurs députés hésitent à éliminer la souplesse de la common law. Les membres de la commission constituée en 1878 partagent en partie cette inquiétude, car ils ont renoncé à définir certains moyens de défense. En revanche, plusieurs députés soulignent que l'opinion publique réclame la codification; d'autres vantent les mérites de cette mesure. Le caractère incomplet du projet, qui laisse subsister les dispositions de plusieurs lois concernant les peines ou la procédure, ainsi que ses défauts intrinsèques, ont aussi pesé dans la balance. Dans l'ensemble, si les Anglais comprennent mieux ce que peut être un code, ils ne sont pas encore convaincus de la nécessité d'en adopter un.

La situation est un peu différente en droit privé, car des projets de « codification » sectorielle préparés par des juristes renommés sont mieux reçus. Ils donnent lieu à l'adoption de lois sur les lettres de change[139], sur les sociétés[140] ou sur la vente[141]. Ces textes ne contiennent pas la totalité des principes appliqués dans un secteur. Ils reprennent plutôt ceux qui sont les plus usuels et les mieux définis, abandonnant les autres à la jurisprudence. Dans cette perspective, le mot « code » a une signification différente, puisqu'il désigne une loi qui énonce une partie des règles applicables dans un secteur donné. La Chambre des lords a toutefois rappelé aux juges qu'il faut donner leur plein effet à ces dispositions, même si cela a pour conséquence de modifier ou de contredire la common law[142].

3. Les débats au XX^{e} siècle

En droit pénal anglais, la souplesse tant vantée de la common law a laissé des souvenirs amers. Une loi de 1800 qui interdit les ententes visant à améliorer la rémunération des employés est abrogée en 1825. Les tribunaux concluent cependant qu'en common law, un complot visant à causer un préjudice à autrui, tel une grève, constitue une infraction. Cette doctrine est abrogée par une loi de 1875. Les tribunaux utilisent cependant leurs pouvoirs en matière civile et délivrent des injonctions lorsque les syndiqués causent une nuisance. Le Parlement intervient à nouveau en 1906 pour mettre fin à cette jurisprudence[143]. Dans un autre ordre d'idées, en 1962, la Chambre des Lords

décide qu'une action tendant à corrompre les moeurs de la société constitue un crime, parce que ce principe général peut être dégagé des précédents. Dans cette affaire, l'accusé a publié un bottin contenant les coordonnées de prostituées, ce qui n'avait jamais été considéré comme un crime auparavant[144]. En 1973, la Chambre déclare que cette infraction s'étend à la publication de petites annonces rédigées par des homosexuels qui désirent rencontrer un partenaire[145]. Toutefois, en 1975, elle affirme qu'elle n'a pas le pouvoir de créer de nouvelles infractions, la décision de 1962 étant censée découler des principes contenus dans certains précédents[146].

Au XX[e] siècle, l'idée de codification continue de faire des adeptes. Ainsi, en 1901, Courtnay Ilbert décrit très bien la nature d'un code, en le distinguant clairement d'une refonte ou d'une révision[147]. Quelques juristes rédigent des projets de code, sans grand succès. Une commission de réforme du droit anglais, créée en 1965, propose des projets de code de droit des contrats, de la famille, du logement et de droit pénal (1989). Faute de volonté politique, ceux-ci ne sont pas suivis d'effet, même si en 1992, la commission a soumis un projet partiel de codification. La doctrine est dans son ensemble favorable au projet de code pénal[148]. Il n'est plus question de la « souplesse de la common law »; l'idée qu'un code confère une discrétion importante aux tribunaux semble admise aux États Unis[149]. Toutefois, une auteure a reproché à la commission de réforme du droit de se fonder sur un consensus social fictif, de minimiser la part de réforme que le projet de code contenait et d'exagérer son accessibilité pour les non-juristes[150].

Dans l'ensemble, il appert que les juristes anglais ont eu deux attitudes contradictoires au sujet de la common law. La première tire son origine des écrits de Bentham. Celui-ci souhaite que le législateur approuve des motifs détaillés explicitant les cas d'application d'un code. La codification devient ainsi synonyme d'une tentative d'éliminer la discrétion dont jouissent les juges. Cette idée est conforté par le style traditionnellement prolixe des lois anglaise. Tout cela suscite un mouvement de rejet de la codification, qui est particulièrement apparent en 1854, mais qui demeure présent en 1879. Qu'ils se réjouissent de ce fait ou qu'ils le déplorent, la plupart des juristes de common law tiennent pour acquis qu'un code réduit considérablement la marge d'appréciation des juges. Même si la doctrine contemporaine a une vision plus juste des choses, l'attitude traditionnelle explique peut-être pourquoi le droit pénal anglais n'est toujours pas codifié à l'heure actuelle. Comme chacun sait, la situation au Canada est différente; les causes de ce phénomène doivent maintenant retenir notre attention.

III. L'expérience canadienne en matière de codification

Au Canada, la première codification fut celle du droit civil québécois; il convient donc de rappeler dans quelles conditions cette réforme a été menée à bien (A). Cette expérience a-t-elle pu favoriser la codification du droit pénal canadien? Pour le savoir, il faut s'interroger sur la réception et l'implantation du droit pénal anglais au Québec (B). Il faut également tenter de voir comment était perçue la codification au XIX[e] siècle, afin de mieux comprendre

le consensus qui entoure l'adoption du *Code criminel* de 1892 et les difficultés qui se dressent sur la route de la recodification (C).

A. La codification du droit civil québécois

L'évolution du droit privé de 1774 à 1857 (1) et les discussions sur la révision de la législation permettent de comprendre pourquoi la codification du droit privé fut accueillie avec enthousiasme (2). Tout comme en France, cette mesure n'a pas paralysé l'évolution du droit civil (3).

1. Les causes de la codification

En 1774, le Parlement de Grande-Bretagne édicte l'*Acte de Québec*. Dès lors, en matière de propriété et de droits civils, c'est-à-dire en droit privé, les règles suivies en Nouvelle-France au moment de la Conquête de 1760 s'appliquent à nouveau, sous réserve du fait que la liberté testamentaire est introduite[151]. Elles incluent les édits et ordonnances du roi de France, la réglementation locale, la Coutume de Paris, rédigée en 1580, ainsi que la jurisprudence et la doctrine française portant sur le droit des obligations, des contrats ainsi que sur certains aspects du droit de la famille. Après 1774, diverses lois ou ordonnances locales s'y ajoutent; elles renvoient parfois au droit anglais ou s'en inspirent.

Après l'adoption du Code Napoléon, en 1804, un décalage s'instaure entre le droit civil français et celui du Québec. Néanmoins, le code français devient avec le temps un instrument de travail des juristes québécois. En effet, ses dispositions sur le droit des obligations et des contrats ont peu touché aux règles de l'ancien droit français, qui étaient suivies en Nouvelle-France. Même s'il n'a pas force de loi, ce code est cité régulièrement par les tribunaux, tout comme la doctrine française[152]. Il devient ainsi un objet familier bien avant l'adoption de sa contrepartie du Bas-Canada (le nom attribué au Québec en 1791). Dans certains cas, cela confère une certaine légitimité aux règles de l'ancien droit; dans d'autres, celles-ci semblent devenues incompatibles avec le libéralisme qui domine la société bas-canadienne du milieu du XIX[e] siècle[153]. Par ailleurs, pour les individus unilingues, l'absence de traductions des textes de droit français ou anglais pose problème.

En 1857, l'accumulation de règles disparates incite le législateur à décréter la codification du droit privé du Bas-Canada. Le travail est confié à une commission de trois juges et de deux secrétaires, qui doivent rédiger un projet dans les deux langues officielles. En 1865, celui-ci est approuvé par la législature, avec quelques changements. Le 1[er] août 1866, le *Code civil du Bas Canada* entre en vigueur[154]. La même année, le *Code de procédure civile* est adopté; il entre en vigueur en 1867[155]. Cette réforme a été précédée de discussions sur la l'amélioration de législation qui méritent d'être rappelées.

2. Révision des lois et codification

Au XIX[e] siècle, la multiplication des lois est une source de difficulté, car le législateur indique rarement dans quelle mesure les règles antérieures sont abrogées ou modifiés. En 1831, un débat s'engage à propos de la révision des lois bas-canadiennes. Cette opération consiste à imprimer en ordre chronologique les dispositions législatives qui demeurent en vigueur et qui sont d'intérêt général et permanent. Certains députés préfère que l'on procède à une codification qui inclut le droit privé de la Nouvelle-France; d'autres jugent cette tâche carrément impossible en raison de la confusion qui règne en ce domaine[156]. La même année, une résolution du Conseil législatif propose qu'une commission de juriste soit chargée de ce travail. Ces deux initiatives n'aboutissent pas en raison de l'affrontement chronique qui oppose les deux Chambres de la législature. Dans ces débats, le Code Napoléon et celui de la Louisiane sont cités en exemple; cette tendance ne se démentira pas. En revanche la description des lois anglaises que fait à la même époque « Jean-Paul, laboureur » est assez caustique :

> Ces lois existent depuis des siècles, ce sont des momies, des antiquités auxquelles chaque âge ajoute quelque chose de sa manufacture, de sorte qu'il n'y a que très peu de lois anglaises auxquelles on ne pût pas opposer des lois qui commandent ou prohibent précisément le contraire de leur teneur[157].

Sous l'*Acte d'Union*, de nombreuses réformes seront effectuées[158]. La législation bas-canadienne est d'abord révisée en 1845, dans un ouvrage divisé en parties thématiques au sein desquelles les lois sont présentées de façon chronologique. Une véritable refonte intervient en 1861 pour le Bas-Canada; le texte de chaque loi intègre tous les amendements intervenus depuis son adoption; les articles sont également subdivisés et allégés[159]. Pendant cette période, plusieurs auteurs réclament la codification du droit privé et dénoncent le style alambiqué des lois[160]. En 1857, le législateur décide que le *Code civil* et le *Code de procédure civile* « seront rédigés suivant le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de *code civil, code de commerce et code de procédure civile* »[161].

La formulation très générale du modèle français est donc privilégiée par le législateur. À cet égard, Thomas Ritchie estime en 1863 que les commissaires ont bien rempli la mission qui leur était confiée :

> [Traduction] Un Code devrait être un ensemble complet de règles juridiques pratiques, formulées de manière pure, concise et non ambigue. Il devrait exclure les simples définitions et les axiomes car il ne pourra jamais remplacer les traités scientifiques portant sur des sujets juridiques. Il ne devrait pas non plus être encombré de détails et d'exemples sauf si ceux-ci sont absolument nécessaires pour la bonne compréhension pratique des règles posées. Il est à peine nécessaire d'ajouter que les subtilités dont se délectent tant d'auteurs seraient tout à fait hors de propos dans un ensemble de règles législatives tel qu'un Code civil[162].

De façon générale, les juristes font peu de commentaires sur le rôle de la jurisprudence. Les commissaires croient que la codification favorisera au sein des tribunaux « l'accord des opinions et les progrès d'une jurisprudence saine et uniforme ». Ils mettent en garde le législateur contre des interventions intempestives, car le code « a pour objet de répondre en termes exprès ou par implication légale à toutes les questions ». Ils suggèrent aux tribunaux d'attirer l'attention sur les difficultés auxquelles ils sont confrontés, afin que la législature procède à des révisions périodiques en ayant à l'esprit une vision d'ensemble. De cette manière, « les inconvénients résultant de décisions judiciaires en contradiction les unes avec les autres, et l'interprétation divergente des commentateurs, qu'on ne pourra éviter entièrement, seront considérablement diminués »[163]. Les commissaires admettent donc que des problèmes d'interprétation se présenteront, même s'ils espèrent que le législateur y mettra fin rapidement. Soixante-trois ans après le discours préliminaire de Portalis, dans une juridiction où les décisions sont longuement motivées, tout comme les jugements de common law, l'importance de la jurisprudence ne suscite guère de débats; les critiques qui dénoncent la trop grande importance accordée aux précédents semblent isolés[164].

3. Le droit civil après la codification de 1865

En droit civil québécois, la doctrine a souvent critiqué la méthode utilisée par les juges appelés à interpréter le *Code civil du Bas Canada,* en particulier les membres de la Cour suprême du Canada et du Comité judiciaire du Conseil privé. Longtemps, elle affirme que le code est considéré comme une loi ordinaire dans le système de common law, ce qui serait contraire à sa nature. Plus récemment, certains auteurs ont commencé à distinguer différentes périodes et à remettre en cause certaines de ces critiques. Dans l'ensemble, la jurisprudence postérieure aux années mille neuf cent soixante dix semble mieux accueillie par les civilistes. Il semble toutefois juste de dire, à la suite de Demolombe et de Carbonnier, qu'un code civil est une « constitution sociale ». À ce titre, il a vocation à régir l'ensemble des relations à caractère patrimonial, ainsi que celles qui mettent en cause les droits de la personnalité. D'autre part, une partie de la doctrine québécoise s'insurge également contre une tendance très répandue, qui attribue une force obligatoire aux arrêts de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel[165].

Dans ces conditions, la jurisprudence québécoise est parvenu à imposer le respect de certains principes qui n'apparaissent nulle part dans le texte du code de 1866, tels que l'enrichissement injustifié[166], la bonne foi en matière contractuelle[167] ou l'abus de droit[168]. La recodification de 1991 a consacré ces règles[169]. Cette évolution montre que la jurisprudence civiliste n'est pas paralysée par un code et qu'elle peut élaborer des solutions nouvelles en s'inspirant de celui-ci. Il faut toutefois noter que ces affaires opposaient des gens d'affaire ou leurs cautions à une banque. En revanche, les juges ont refusé d'obliger l'État à indemniser les personnes qui deviennent handicapées pour la vie après avoir participé à un programme de vaccination obligatoire[170]; ils ne sont pas venus en aide à l'épouse séparée de biens qui contribue par son activité à enrichir le patrimoine de son conjoint[171]. Il a fallu que le législateur intervienne pour pallier ces lacunes.

Les causes de l'adoption du nouveau Code civil sont complexes[172]. Le processus débute en 1955 et se termine, après bien des vicissitudes, en 1991. Parmi les facteurs qui ont contribué à l'aboutissement de ce projet, on peut mentionner un souci de rationalisation et de simplification ainsi qu'une volonté d'ajouter certains mécanismes destinés à protéger les personnes moins informées ou plus vulnérables. Pour les fins de cette étude, il suffira de noter que l'Office de révision du Code civil a remis son rapport en 1977. Le législateur a donc mis quatorze ans avant de produire son propre code, ce qui montre qu'il faut s'armer de patience en ce domaine. Après ce bref survol de l'expérience québécoise en droit civil, il convient d'examiner dans quelles conditions le droit pénal anglais s'est implanté au Québec.

B. La réception du droit pénal anglais au Québec

A priori, les règles de common law sur le système juridique des colonies ne favorisent par forcément le droit pénal anglais (1), même si celui-ci s'est appliqué très rapidement au Québec (2). Par la suite, les francophones idéalisent ce système (3). Pourtant le droit pénal est presque toujours pratiqué en langue anglaise et la common law commence à faire l'objet de critiques (4).

1. Les règles de réception au XVIII[e] siècle

Ces dernières années, les règles de réception dans le système colonial britannique ont fait l'objet d'un réexamen critique. Trop souvent, les juristes du XX[e] siècle font appel à des concepts qui n'existaient pas encore au cours de la période étudiée. Le cas des colonies dites de peuplement est à cet égard révélateur. Au XVIII[e] siècle, dans l'ensemble, cette expression est utilisée pour désigner des régions où aucun peuple n'est présent, qu'il soit d'origine européenne ou autochtone[173]. Ainsi, les colonies américaines sont qualifiées de conquêtes. Certes, leurs colons revendiquent l'application de la common law, car s'il y a eu conquête, ils descendent du peuple conquérant. Pour autant, ils ne cherchent pas à imposer le droit anglais aux autochtones[174]. En 1713, la cession de l'Acadie à la Grande-Bretagne pose ce deuxième problème, tout comme celle du Canada, en 1760. Il faut toutefois attendre le XIX[e] siècle pour que le droit pénal soit imposé aux peuple autochtones qui ne vivent pas à proximité des Britanniques[175]. Ainsi, en Colombie-Britannique, les autorités coloniales n'éprouvent aucune hésitation à appliquer « la loi de la Reine » aux autochtones accusés de crimes[176].

Dans l'hypothèse où un peuple chrétien est conquis, la common law prévoit que les lois et les coutumes locales demeurent en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient modifiées ou abrogées par le conquérant. Les décisions pertinentes ne distinguent pas le droit privé du droit public : tous le système antérieur est conservé[177]. Au Canada, la pemière colonie conquise est l'Acadie, qui est cédée à la Grande-Bretagne par le traité d'Utrecht de 1713. De 1712, date de la reddition des Français, à 1749, la justice est rendue par un gouverneur britannique et ses conseillers, à Annapolis Royal. Lorsque des Acadiens sont parties à un

litige, le conseil applique le droit antérieur à la conquête. La situation est moins claire en droit pénal. Aux termes de ses instructions, le gouverneur doit suivre des règles préétablies - dont le contenu n'est pas précisé - avant d'imposer une peine corporelle ou de prononcer une condamnation à mort. Toutefois, il n'y a pas suffisamment de personnes aptes à siéger sur un jury. Le conseil procède donc de manière informelle en qualifiant les infractions de délits (*misdemeanors*), de façon à imposer des peines moins lourdes. Il est difficile de dire si les règles de la common law ou même du droit français sont suivies[178].

En 1749, la commission du gouverneur exige que les nouveaux tribunaux civils de la Nouvelle-Écosse appliquent le droit anglais et qu'une assemblée élective soit convoquée, ce qui ne sera pas fait avant 1758, trois ans après la déportation des Acadiens. Cette colonie est ainsi placée sur le même pied qu'un territoire peuplé uniquement de Britanniques. Dans cette hypothèse, les tribunaux coloniaux appliquent sans difficulté la jurisprudence de l'Angleterre. Il n'en va pas de même pour les lois du Parlement britannique. Celles-ci ne s'appliquent pas aux colonies qui existent déjà au moment de leur adoption, sauf si le législateur manifeste clairement sa volonté de régler un problème colonial. Il s'agit dans cette dernière hypothèse d'une loi impériale. Par ailleurs, il est admis que les colonies de peuplement empruntent en bloc les lois anglaises antérieures à leur fondation, à condition qu'elles puissent convenir à leur situation. Évidemment, cette exigence laisse une large marge d'appréciation aux tribunaux coloniaux.

La règle de la réception des lois ordinaires du Parlement anglais souffre donc de nombreuses exceptions, ce qui ne va pas sans créer une certaine incertitude, notamment en droit pénal. En Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick et à l'Île-du-Prince-Édouard, aucune date de coupure n'est fixée par la loi. Les juges doivent décider au cas par cas et la situation n'est pas toujours claire; en 1758, la Nouvelle-Écosse adopte d'ailleurs une série de lois pénales afin de remédier à ce problème. Au XIX[e] siècle, Terre-Neuve et l'Ontario fixent leur propres dates de réception[179]. Les autres provinces canadiennes feront de même par la suite, à l'exception du Québec[180].

2. La réception du droit anglais après la conquête de 1760

Immédiatement après la Conquête de 1760, des tribunaux militaires sont constitués. Des cours martiales rendent la justice en matière pénale; des civils y sont jugés aussi bien que des militaires. Ce n'est donc pas la common law qui est appliquée. Toutefois, au cours de l'été 1763, le juge-avocat général découvre cette situation et conclut qu'il y a là un excès de pouvoirs de ces tribunaux. Il ne précise toutefois pas comment les généraux auraient dû procéder en 1760. Le 7 octobre 1763, la *Proclamation royale* règle la difficulté pour l'avenir, en disposant que les tribunaux du Québec devront appliquer la common law[181].

De nos jours, il semble aller de soi que le droit pénal anglais devait s'appliquer au Québec dès la Conquête. L'opinion de l'avocat général James Marriott formule en 1774 sur ce sujet est généralement considérée comme concluante[182]. Ce juriste soutient que :

> Mais quelle que soit en général la loi criminelle d'Angleterre en matière de trahison, de félonie, etc., je conçois qu'elle a dû être introduite dans la colonie du Canada et qu'aucun autre système ne pouvait y exister un seul moment après la conquête, parce que cette partie de la justice distributive et exécutive est tellement inhérente à l'autorité souveraine, ou, pour me servir d'une autre expression, est tellement attachée à toute couronne et constitue à tel point une manifestation directe de tout gouvernement que, dès qu'un peuple tombe sous la protection et la domination d'un autre État, la partie des lois criminelles de cet Etat, appelée *crown law*, devient, par le fait même, immédiatement en vigueur. Il ne peut en être autrement, car il n'existerait ni souveraineté véritable d'un côté ni dépendance de l'autre[183].

Toutefois, immédiatement après ce passage, Marriott décrit la période de transition qui suit la conquête. « Jusqu'au moment de la soumission définitive », écrit-il, « la loi militaire doit exister » en lieu et place de la common law. Dès que le calme est revenu, une haute justice, fondée sur le « pouvoir de l'épée », doit se mettre en action et réprimer les crimes qui portent atteinte à la dignité de la couronne, c'est-à-dire les comportements qui sont intrinsèquement criminels, « universellement reconnus comme tels par toutes les nations ». En revanche, les prohibitions qui doivent leur existence à une loi ne s'appliquent pas en l'absence d'une promulgation expresse. C'est pourquoi la *Proclamation royale* « paraît avoir été justifiable », car « elle avait alors pour objet de rendre un réel service à cette colonie en y abolissant la loi militaire et la loi criminelle français »[184]. Ainsi, après que les militaires ont rendu justice pendant plus de trois années, il demeure nécessaire d'abroger formellement la loi criminelle française. Quoi qu'il en pense, Marriott tend à démontrer que l'application automatique de droit pénal est une exigence politique bien plus qu'une règle de droit. Pour sa part, le sollicteur général, Alexander Wedderburn, n'aborde pas cette question. Il se contente de constater que le droit pénal anglais s'applique déjà au Québec; pour lui, il ne saurait être question de rétablir le droit français[185].

D'autres juristes estiment que le droit pénal d'un peuple chrétien n'est pas modifié après la conquête. En 1769, dans une affaire de droit pénal, Lord Mansfield déclare, en *obiter*, que « [Traduction] si la Jamaïque devrait être considérée comme une conquête, [ses habitants] conserveraient leurs propres lois, jusqu'à ce que le conquérant juge à propos de les modifier »[186]. En 1773, le procureur général, Edouard Thurlow, est du même avis. Après avoir rappelé « qu'un peuple conquis conserve ses anciennes coutumes jusqu'à ce que le conquérant introduise de nouvelles lois »[187], il soutient que l'introduction de règles de procédures nouvelles en matière civile suscitera une période d'incertitude et occasionnera des pertes aux peuple conquis. Il ajoute :

> Les mêmes observations peuvent être énoncées avec plus de force contre le changement des lois criminelles, d'autant plus que de leur application découlent des enseignements plus frappants et des conséquences plus sérieuses. La consternation générale qui s'emparerait de la population brusquement assujettie à un nouveau système de lois criminelles, ne pourrait disparaître de sitôt, malgré l'atténuation et la modération du code.
>
> Les observations ci-dessus me portent à conclure que les nouveaux sujets acquis par la conquête ont le droit d'attendre de la bonté et de la justice de leur conquérant,

> le maintien de toutes leurs anciennes lois et il semble qu'ils ont également raison d'attendre cette faveur de sa sagesse[188].

En 1766, Francis Masères vient d'être nommé procureur général du Québec. Il invite le législateur britannique à préciser quelles parties du droit anglais s'appliquent au Québec. Il demande ce que doit faire un juge si un acte est qualifié de crime en Grande-Bretagne mais est considéré comme licite par les « Lois du Canada »[189]. La question ne se poserait pas si le droit pénal de la Nouvelle-France avait automatiquement cessé de s'appliquer. En somme, en lisant les textes de l'époque, on constate que ce système ne disparaît pas du seul fait de la conquête. Au début du XIX[e] siècle, certaines colonies britanniques ont d'ailleurs conservé les règles du droit pénal français[190]. À l'heure actuelle, le droit pénal écossais diffère toujours du système anglais. Au Québec, il est cependant certain que le droit pénal français cesse d'appliquer dès 1760.

Entre 1766 et 1774, divers rapports proposent de rétablir le droit pénal de la Nouvelle-France, même si cette idée est finalement abandonnée[191]. Dès 1766, le procureur général De Grey et le solliciteur général Charles Yorke parlent de la « fermeté et la douceur » du droit pénal anglais, une expression qui fera fortune reprise par la suite[192]. Car à cette époque, le droit pénal de l'Ancien Régime fait figure de repoussoir en Angleterre, pour au moins trois raisons[193]. Tout d'abord, les lettres de cachet permettent au roi de France d'ordonner, à sa seule discrétion, la détention permanente d'une personne. Ensuite, les accusés peuvent être soumis à la torture. Cette faculté est strictement réglementée; en 1760, plusieurs parlements de France s'en prévalent très rarement, quand ils ne refusent pas tout simplement d'y avoir recours. Mais elle subsiste encore; elle ne sera abolie qu'en 1780[194]. Enfin, plusieurs châtiments paraissent cruels aux Anglais, tel le supplice de la roue, qui consiste à briser les membres du condamné avec une barre de fer. À cet égard, il faut se garder de conclure qu'un peuple a le monopole de la cruauté : en cas de haute trahison, en droit anglais, le condamné à mort doit être pendu; avant qu'il ne meure, ses entrailles doivent être extirpées et brûlées sous ses yeux. Puis sa tête doit être séparée de son corps, lequel doit être divisé en quatre parties qui sont mises à la disposition du roi. En pratique, le bourreau laisse toutefois la pendaison faire son oeuvre avant de procéder au depeçage du cadavre[195].

En pratique, la population de la Nouvelle-France n'a guère souffert de la brutalité du droit pénal : il n'y existe pas de lettres de cachet, l'usage de la torture y est rarissime (3 cas entre 1712 et 1748, soit moins de 1 % des dossiers) tout comme la peine de la roue (3 cas sur 38 condamnations à mort pendant cette même période)[196]. On cherche donc en vain un témoignage d'admiration du droit pénal anglais. Il est vrai qu'on ne relève pas non plus de plaintes à ce sujet, contrairement à la situation en matière civile. Certes le grand jury use libéralement de son droit de rejeter les demandes de mise en accusation présentées par le procureur de la couronne, ce qui a pu surprendre, compte tenu du secret de l'instruction prévalant en droit français. Celui-ci protège davantage les individus contre des accusations sans fondement; dans cette hypothèse, le procureur du roi rejette généralement la plainte sans que la personne visée en soi informée. À titre de comparaison, après 1764, certaines personnes placées dans une telle situation sont détenues plusieurs mois avant d'être innocentées[197].

D'autre part, la langue des procédures et du procès est l'anglais, ce qui signifie que les dépositions doivent être traduites; cela n'a pas dû jouer en faveur du nouveau système. Proportionnellement, les francophones semblent beaucoup moins nombreux à porter plainte que les anglophones. Enfin, beaucoup plus souvent qu'en Nouvelle-France, les juges sont obligés d'imposer la peine de mort. Le jury d'accusation, appelé grand jury, et le jury de jugement, appelé petit jury, tempèrent cette dureté. Le premier peut refuser de porter une accusation, tandis que le second peut acquitter l'accusé ou le déclarer coupable d'une infraction moins grave. En outre, l'accusé peut être gracié par le gouverneur[198]. Au total, le pourcentage des exécutions semble semblable dans certaines régions de l'Angleterre, en Nouvelle-France et au Québec[199].

Rien ne permet donc d'affirmer que, aux yeux des contemporains, le droit pénal anglais était manifestement plus « doux » que celui de la France. Bien entendu, de nos jours, l'absence de torture et le procès devant jury paraissent être un progrès notable. Mais l'immense majorité de la population n'était pas en mesure de procéder à une comparaison éclairée des deux systèmes. En outre, au Québec, certains juristes ont souscrit à la thèse de Marriott, pour qui l'application du droit pénal anglais était une conséquence inéluctable de la souveraineté britannique[200]. Pour leur part, les administrateurs britanniques n'ont pas hésité à tirer des conclusions à la place des habitants. Au bout au compte, leur opinion a été reprise dans l'article 11 de l'*Acte de Québec* :

> Considérant que depuis plus de neuf ans, les lois criminelles de l'Angleterre ont été uniformément appliquées et que les habitants se sont rendus compte de la fermeté et de la douceur ainsi que des bienfaits et des avantages desdites lois :-
>
> À ces causes, qu'il soit décrété en vertu de l'autorité susdite que lesdites lois continueront d'être en vigueur et qu'elles seront appliquées comme lois dans ladite province de Québec, à l'égard de la définition et de la gravité de l'offense, du mode de poursuite et de procès, ainsi que des punitions et amendes infligées par lesdites lois, à l'exclusion de toute autre règle de droit ou mode de procédure à ce sujet [...][201].

3. L'évolution du droit pénal de 1774 à 1892

Aux termes de l'article 11 de l'*Acte de Québec*, le Conseil législatif est autorisé à modifier les règles du droit pénal anglais. Toutefois, les ordonnances qui prévoient l'imposition d'une peine plus considérable qu'un emprisonnement de trois mois ou qu'une amende doivent être approuvées par le roi plutôt que par le gouverneur[202]. En apparence, les règles du jeu sont claires : le droit pénal anglais s'applique, sous réserve des modifications effectuées par des ordonnances locales. En pratique, la réception du système anglais suscite des difficultés. Ainsi, la formulation de l'article 11 semble renvoyer aux règles qui étaient en vigueur en 1763. En effet, celles-ci doivent « continuer » de s'appliquer depuis cette date. Mais l'article 4 de l'*Acte de Québec* abroge la *Proclamation royale* et les ordonnances édictées sous son empire. Dans cette perspective, seule la loi de 1774 a eu

pour effet d'introduire le droit anglais. Un jugement québécois retient cette dernière interprétation[203].

Outre ce problème de date, il est toujours malaisé de décider si une loi anglaise antérieure à la date de réception est susceptible d'être appliquée dans le contexte colonial. Ainsi, au Québec, les lois anglaises sur le vagabondage et celles qui portent sur la sélection et la qualification des jurés ne sont pas reçues[204]. Des difficultés semblables sont soulevées par le bref d'*habeas corpus*. De 1777 à 1782, certains québécois découvrent que ce recours ne fait pas partie des « bienfaits » et des « avantages » du droit anglais appliqué au Québec. En 1777, le juge en chef Livius conteste cette interprétation; c'est en partie pour cette raison qu'il est destitué peu après par le gouverneur Carleton[205]. Une ordonnance de 1784 accorde formellement le droit à *l'habeas corpus*[206]. Elle est toutefois suspendue en 1838. Les tribunaux doivent à nouveau déterminer si ce bref fait partie du droit anglais qui a été introduit par l'*Acte de Québec*. Deux jugements répondent par l'affirmative à cette question, mais ils sont neutralisés par des décisions ultérieures. Les juges Bédard, Panet et Vallières de Saint-Réal sont alors destitués pour avoir osé s'opposer au pouvoir exécutif[207].

De 1774 à 1837, le législateur s'intéresse peu au droit pénal. Le plus souvent, il se contente de reprendre à son compte des lois britanniques, souvent avec quelques années de retard; en général, les nouvelles lois ont pour but de réduire le nombre de crimes passibles de la peine de mort, qui est très élevé au XVIII[e] siècle[208]. En 1836, le droit d'être représenté par avocat est enfin accordé aux personnes accusé d'avoir commis une félonie; auparavant, une dizaine de projets votés par l'Assemblée législative ont été rejetés par le Conseil législatif[209]. D'autre part, une loi anglaise de 1731 demeure en vigueur. Elle exige l'emploi de l'anglais dans toutes les procédures et tous les documents ou jugements, ainsi que pendant les audiences[210]. Initialement, au Québec, en matière pénale, les procès se déroulent donc en anglais; avec le temps, cette exigence ne vise plus que l'acte d'accusation[211].

En ce qui concerne la common law, bien peu de mesures sont prises pour rendre ce système plus accessible aux francophones. Il est vrai qu'une traduction de Blackstone est disponible au Québec dès 1784[212]. Les ouvrages de Joseph-François Perrault fournissent bien quelques rudiments de droit pénal, mais ils risquent d'entretenir plutôt que de dissiper la confusion qui règne probablement à cette époque[213]. Il faut attendre 1842 pour qu'un ouvrage introductif bien fait soit publié[214]. La traduction de la terminologie de common law pose également un défi redoutable. Cela donne lieu à la création de barbarismes calqués sur l'anglais, par exemple : « indictement » au lieu d' « acte d'accusation », car le premier terme est censé être d'origine française![215] L'expression « assaut et batterie » signifie en réalité une agression et des voies de fait; les « quartiers généraux de la paix » désignent des sessions trimestrielles; enfin le mot « burglarieusement » témoigne éloquemment de la spécificité du vocabulaire de la common law[216].

En dépit de ces difficultés d'ordre linguistique, les francophones portent un jugement éminemment favorable sur le droit pénal anglais, dont ils ne réclament jamais l'abolition. La Révolution française y est sans aucun doute pour quelque chose. La création d'un système parlementaire et l'instauration du procès devant jury en France ont certainement placé sous un jour favorable les institutions anglaises dont est doté le Bas-Canada à la même époque.

D'un autre côté, l'exécution du roi et le régime de la Terreur ont contribué à détacher de la République les habitants de la province. Tout au long du XIX[e] siècle, les juristes québécois n'auront pas de termes assez fort pour vanter les mérites du système qui a finalement été privilégié en 1774[217].

L'*Acte d'Union* de 1840 réunit en une seule province le Bas-Canada et le Haut-Canada, qui devient l'Ontario en 1867; dans cette colonie, la date de réception du droit pénal anglais est l'année 1792[218]. Ces deux anciennes colonies ont un droit pénal d'origine anglaise, ce qui facilite son unification au Canada-Uni. En 1841, la nouvelle législature adopte certaines mesures d'inspiration britannique qui sont déjà en vigueur dans le Haut-Canada. Par la suite, les nouvelles lois pénales s'appliquent à l'ensemble de la province. En 1859, les lois qui concernent le Canada-Uni dans son ensemble sont refondues. Cette compilation constitue un progrès comparativement à la situation antérieure. Elle contient une version mise à jour des lois pénales qui sont ordonnées suivant un plan général. Inspirée des refontes effectuées dans les provinces maritimes ainsi que dans certains États américains, elle marque une rupture avec le style de rédaction des lois britanniques. Ces refontes n'ont pas d'équivalent en Angleterre; dans une certaine mesure, elles peuvent préparer les esprits à une codification. Pendant toute cette période, la common law continue toutefois de compléter la législation, qu'il s'agisse de la définition des infractions ou des moyens de défense[219].

En 1869, le Parlement fédéral édicte les premières lois portant sur le droit pénal. Elles reproduisent en les remaniant légèrement une série de lois adoptées en 1861 par le Parlement britannique. Le gouvernement de l'époque veut éviter de privilégier la législation pénale de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick ou du Canada-Uni. Pour John A. Madonald, l'imposition d'un droit pénal uniforme doit contribuer à renforcer l'identité canadienne. Les lois anglaises lui offrent donc une solution toute faite. Elles permettent en outre aux juges canadiens de tirer parti de la jurisprudence anglaise interprétant ces lois, qui est relativement abondante. Mais elles constituent une régression du point de vue de la rédaction législative. Ainsi, les articles sont longs et prolixes; plusieurs de ces lois contiennent des règles de procédure particulières. En outre, les modifications apportées aux lois anglaises sont parfois maladroites. Les défauts qui avaient été éliminés ou réduits par les refontes législatives du Canada-Uni ou des Provinces Maritimes réapparaissent donc. En conséquence, les lois de 1869 sont fréquemment modifiées et la législation pénale prend de plus en plus d'expansion[220].

4. La jurisprudence pénale, 1851-1891

Du coté de la jurisprudence, la publication périodique des *Décisions des tribunaux du Bas-Canada* (*Lower Canada Report*) débute en 1850, suivie en 1856 du *Lower Canada Jurist*[221]. Antérieurement, le recueil de George O'Kill Stuart ne compte qu'une affaire de droit pénal[222], ainsi qu'une affaire d'extradition[223]. Dans les années 1850, les éditeurs semblent s'intéresser davantage au droit pénal; en 1852, ils reproduisent même le compte rendu d'un procès et certains commentaires publiés dans les journaux[224].

Depuis 1842, les juges de la Cour du Banc de la Reine doivent présider les procès en matière pénale et entendre les pourvois en matière civile. Ils constituent en outre une cour « d'erreur ». À ce titre, ils disposent collectivement des demandes d'annulation de procès[225]. Dans ce cadre, les causes de nullité doivent apparaître à lecture du dossier, qui ne contient pas les dépositions des témoins ou les notes du juge[226]. D'autres part, la Cour supérieure peut être invitée à contrôler les juridictions inférieures par le biais du *certiorari*; là encore, le dossier dont elle dispose est très incomplet[227]. En 1857, une procédure nouvelle est créée. Un juge du Banc de la reine peut soumettre à ses collègues les questions qui se posent lors d'un procès qu'il préside. Ces questions sont dites « réservées » et sont transmises dans un rapport écrit[228]. Ce système est inspiré de celui qui a été mis en place en Angleterre en 1848.

Afin d'évaluer l'état du droit avant la codification de 1892, nous avons fait reproduire les affaires pénales qui ont été publiées au Québec de 1851 à 1891, auxquelles nous avons ajouté les arrêts contenus dans les recueils de la Cour suprême publiés de 1877 à 1892. Ces décisions ont été rendues à la suite de recours divers, qui débordent parfois le cadre du procès pénal et incluent la révision judiciaire, la demande d'*habeas corpus* ou même les procédures d'extradition. L'échantillon ne semble pas être absolument complet, mais il est assez volumineux pour tirer certaines conclusions. Pour ce faire, les jugements qui comprennent uniquement un dispositif non motivé ou un résumé de l'arrêtiste ont été écartés, afin de conserver des causes où les juges ont exprimé une opinion; en Cour du Banc de la reine, habituellement, on en dénombre plusieurs. Nous avons enfin tenté de déterminer si l'accusé est francophone; s'il est anglophone, il est en effet parfaitement légitime que les juges s'expriment en anglais.

Un premier constat est d'ordre linguistique. Nous avons retenu trente-huit affaires entre 1859 et le 1er juillet 1867; parmi celles-ci, dix-sept accusés ont un nom à consonance francophone, étant entendu que cette qualification est bien aléatoire. Dans ces décisions, on ne trouve que deux opinions en langue française[229]. Il est vrai qu'aux termes d'une loi anglaise de 1731, les procédures et les débats devant les cours de justice doivent être en langue anglaise; en pratique, les juges ont fini par admettre les plaidoiries et les dépositions en langue française[230]. Les juges croyaient-ils que la loi de 1731 s'appliquait à leurs opinions? Cela est possible. En effet, une loi de 1849 autorise l'usage du français dans les actes de procédure en matière civile; elle est muette sur la langue des procédures en matière pénale[231]. Quoiqu'il en soit, la loi de 1731 a été abrogée par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[232].

De 1867 à 1876, nous avons examiné dix-sept causes de première instance. Six d'entre elles semblent concerner un francophone; une seule opinion est rédigée en français[233]. En Cour du Banc de la Reine, onze recours ont été retenus; cinq requérants sont vraisemblablement francophones. Un seul jugement est publié intégralement en français; à notre connaissance, deux des juges qui livrent leur opinion ne se sont jamais exprimés en français dans une autre affaire[234]. Il est donc probable que ce jugement a été traduit. Une autre opinion a été rédigée en français par le juge Jean-Thomas Taschereau, qui siège à la Cour du Banc de la Reine de 1873 à 1875, puis à la Cour suprême de 1875 à 1878[235]. Le nombre dérisoire de jugements publiés en français - quatre sur vingt-huit - doit être mis en parallèle avec le fait que, antérieurement à 1876, les avocats francophones sont

proportionnellement beaucoup moins nombreux à agir dans les causes criminelles que leurs confrères anglophones[236]. De 1877 à 1891, trente-neuf affaires de première instance ont été examinées, dont vingt concernent à première vue un francophone. Dans ce cadre, sept opinions ont été rédigées en français. En Cour du Banc de la Reine, trente-cinq affaires ont été entendues, dont dix seulement semblent toucher un francophone. Dans ce cas, on compte trois opinions individuelles et une opinion anonyme rédigée en français. C'est dire que, même à cette époque, la jurisprudence de cette cour est pratiquement toujours rédigée en anglais, tandis que les décisions de première instance en langue française deviennent plus nombreuses, même si elles demeurent largement minoritaires.

Les juges francophones contribuent d'ailleurs à cette sous-représentation. À la Cour du Banc de la Reine, dans les jugements rendus en matière pénale, le juge en chef Duval (1864-1874) s'exprime une seule fois en français; il est d'ailleurs possible qu'il s'agisse d'un compte rendu rédigé par l'arrêtiste[237]. Pour sa part, Antoine-Aimé Dorion (1874-1891) s'exprime uniquement en anglais. Si sa grande compétence ne fait pas de doute, il est dommage qu'elle n'ait pas été employée à développer la documentation en langue française. Le juge Henri-Elzéar Taschereau, qui siège à la Cour suprême de 1878 à 1906, rédige lui aussi ses opinions en anglais, quelque soit le domaine envisagé. Il en va de même pour les ouvrages qu'il publie en droit pénal[238]. À titre de comparaison, le juge Fournier n'hésite pas à s'exprimer dans sa langue maternelle[239].

Dans un autre ordre d'idées, l'attitude des juges du Banc de la reine face à la common law est parfois surprenante. Tout au long de sa carrière, le juge Mondelet a toujours fait preuve d'une très grande indépendance d'esprit[240]. Il n'est donc pas étonnant de constater que, contrairement à ses collègues, il n'accorde aucun poids à l'absence de précédents. Dans trois opinions dissidentes, il fait remarquer que ceux-ci tirent forcément leur origine d'un décision nouvelle, aussi lointaine soit-elle[241]. Dans une autre dissidence, il déclare avoir plus de respect pour les principes et la justice que pour les précédents[242].

Certains juges établissent une distinction entre les règles de common law qui datent de l'époque où le droit pénal anglais a été reçu au Québec et les décisions anglaises qui ont modifié ces principes par la suite. Ils estiment que ces modifications ne les lient pas[243]. Le juge Ramsay affirme que pour être suivis, les précédents doivent être uniformes ou former un courant dont l'autorité est incontestable[244]. D'autres font prévaloir la pratique locale[245]. Le juge Monk va même jusqu'à ranger les contradictions et les revirements de la jurisprudence anglaise parmi les « aberrations judiciaires les plus étranges jamais observées », ce qui explique pourquoi les juges coloniaux se dispensent parfois de les suivre[246].

D'autres juges attachent infiniment plus d'importance aux décisions anglaises. Dans leur esprit, une loi bas-canadienne semblable à une loi anglaise ne saurait avoir pour effet de conférer une discrétion plus étendue aux juges d'ici[247]. Pour d'autres, le droit pénal anglais reçu en 1774 comprend la pratique suivie à cette époque[248]. Le juge en chef Dorion s'appuie sur des précédents et des auteurs anglais pour refuser de suivre un arrêt de sa propre cour; pour sa part, le juge J.-T. Taschereau ne se considère pas comme lié par une décision prise à une voix de majorité[249]. De façon générale, plusieurs juges refusent d'admettre que la jurisprudence de leur cour puisse s'écarter de celle de l'Angleterre[250].

On se doute que les tribunaux d'appel plus élevés vont approuver cette deuxième tendance. Les principaux arrêts de la Cour du Banc de la Reine qui ont critiqué la jurisprudence anglaise sont infirmés ou désapprouvés par la Cour suprême du Canada. Toutefois, les juges ne font pas de commentaires sur l'autorité qu'il convient d'attribuer à ces décisions d'outre-Atlantique[251]. En Cour suprême, certains juges estiment être liés par un arrêt où ils ont énoncé une opinion dissidente[252]. Une seule décision anglaise est parfois considérée comme déterminante[253].

En 1890, trois juges déclarent qu'en présence de deux textes de lois identiques, la jurisprudence anglaise doit être suivie[254]; mais leur trois collègues ne sont pas convaincus par cet argument. Par ailleurs, certains juges citent les ouvrages de James Fitzjames Stephen[255], ainsi que les rapports recommandant l'adoption des projets de code pénal anglais[256]. Bien qu'elles ne soient pas très nombreuses, ces citations montrent que ces textes jouissent d'une certaine autorité au Canada.

Pour sa part, le Conseil privé refuse d'admettre que les incertitudes et les contradictions de la jurisprudence autorisent les juges à se former leur propre opinion. Selon sir R.P. Collier, les décision anglaises récentes ont « [Traduction] déclaré ce qui avait toujours été la règle de droit, si elle avait été bien comprise »[257]. Il n'y a donc pas lieu d'évaluer si ces jugements se sont éloignés des règles suivies au moment où le droit pénal anglais a commencé à s'appliquer au Québec.

L'attitude des juges face à la doctrine étrangère évolue pendant la période considérée. En 1860, quatre juges de la Cour du Banc de la Reine protestent avec véhémence lorsqu'un avocat cite un auteur américain. À en croire le juge en chef LaFontaine, le gouvernement pourrait refuser d'exécuter un accusé qui aurait été condamné sur le fondement de tels ouvrages! Seul le juge Meredith fait preuve de sens commun. Il déclare qu'en l'absence de loi, lorsque les opinions des juges anglais se contredisent, il ne peut se résoudre à écarter le raisonnement de juristes aussi habiles ... d'autant plus que ses collègues consultent ces ouvrages dans leur cabinet[258]. Cette hostilité des juges ne dure pas : à partir de 1867 - au plus tard - les juges citent des auteurs et des jugements américains[259]. Pour ce faire, ils exigent évidemment que le droit américain et le droit canadien soient semblables[260].

Il en va autrement du droit français. Le juge en chef Duval refuse de se tourner vers la France, les pays de l'Europe ou les trente-et-un États américains; pour lui, le droit étranger n'a tout simplement pas sa place en matière pénale[261]. Le juge Drummond va plus loin : à son avis, dans un loi du Canada-Uni, le mot *bailment* (l'équivalent du dépôt de droit civil) doit recevoir la même signification qu'en droit anglais; pour sa part, le juge Aylwin, dissident, fait appel aux principes du droit civil du Bas-Canada[262]. Dans une affaire de nuisance, des avocats se plaignent du fait que le juge a cité une maxime latine de droit civil dans ses directives au jury. Le juge Aylwin leur répond que cette maxime s'emploie également en common law et qu'elle est aussi anglaise que romaine[263]. Le code civil est même parfois cité[264], ainsi que Demolombe, bien que ce fait témoigne sans doute du désarroi d'un juge peu familier avec le droit pénal[265]

À titre de comparaison, il est instructif d'examiner une cause où l'on poursuit une municipalité en raison des dommages causés par des policiers au cours d'une arrestation injustifiée. Les juges Caron, Drummond et Monk tiennent la ville responsable en se fondant sur les principes du droit civil. Dans sa dissidence, le juge en chef Duval prône l'application du droit anglais pour rejeter la demande; le juge Badley est également dissident, mais il s'appuie sur les deux systèmes[266]. En règle générale, les juges ne témoignent donc pas d'une hostilité envers le droit civil. En revanche, on ne trouve aucune mention du Code pénal français de 1810 ou de la doctrine qui l'étudie. La coupure opérée en 1760 est donc cicatrisée et personne ne songe à ouvrir la plaie...

À plusieurs reprises, les juges se montrent assez critiques face aux traits distinctifs de la législation canadienne. Le plus souvent, des raisons techniques sont invoquées[267]. Certains écartent la version française du texte en rappelant que la version anglaise reproduit une loi britannique[268]. Même la refonte des lois fédérales pose des difficultés. Ainsi, un individu est accusé d'avoir commis une infraction prévue par un chapitre des lois refondues. Cette incrimination doit toutefois être complétée par une définition qui a été placée dans un autre chapitre. Un acquittement est donc prononcé[269].

Les commentaires des juges prennent parfois un tour plus polémique. Ainsi, la loi canadienne prévoit que les parents et les maris doivent fournir les nécessités de la vie à leur épouse et à leurs enfants; contrairement au texte anglais, elle n'exige pas la preuve du fait que la vie ou l'intégrité physique des personnes à charge ont été menacées. Le juge Ramsay estime inconcevable que le législateur se soit éloigné de son modèle anglais; pour lui, le mari ne devrait pas être présumé fautif[270]. Les juges du Banc de la reine se sentent toutefois obligés de faire respecter cette loi, même s'ils la désapprouvent[271].

Les recours offerts après qu'un accusé a été déclaré coupable suscitent également des débats. Ainsi, si une félonie a été commise, il n'est pas possible d'ordonner la tenue d'un nouveau procès[272]. Par la suite, une loi de 1869 déclare expressément que ce pouvoir n'existe pas[273]. Dans le cas d'un délit (*misdemeanor*), les juges considèrent toutefois qu'ils peuvent recourir à cette solution[274]. Au Québec, le système mis en place en 1857 demeure en vigueur[275]. Le juge peut donc renvoyer à ses collègues du Banc de la reine une question qui s'est posée pendant le procès. En outre, l'accusé peut se pourvoir en erreur devant cette même cour. La loi fédérale de 1869 impose toutefois une condition qui ne figure pas dans la législation anglaise : le recours pour erreur doit soulever une question que le juge présidant le procès n'aurait pas pu renvoyer, ou encore qu'il a refusé de renvoyer à la cour du Banc de la reine[276].

Ces dispositions posent problème lorsqu'une irrégularité se produit lors de la formation du jury. Il existe en effet un précédent anglais où douze juges se sont partagés également dans un cas semblable. Des débats épiques vont s'ensuivre, qui culminent avec un arrêt où les six juges de la Cour suprême se partagent eux aussi également[277]. La difficulté est la suivante : le juge doit-il soumettre à la Cour du Banc de la Reine les questions qui portent sur la procédure de sélection des jurés, ou doit-il laisser l'accusé demander l'annulation du procès? En 1888, la Cour suprême décide que les événements survenus après que le procès a pris fin ne peuvent faire l'objet d'une question; en l'espèce, après la déclaration de culpabilité, on découvre qu'un individu a siégé sur le jury sous le

nom de son frère[278]. Deux ans plus tard, un accusé s'oppose à la procédure suivie lors de la sélection des jurés et demande l'annulation du procès pour cause d'erreur. La Cour du Banc de la Reine rejette ce recours au motif que cette question aurait dû lui être renvoyée par le juge. En Cour suprême, ce jugement est confirmé en raison du partage égal des voix[279]. Notons à ce sujet que le pourvoi en erreur a été aboli par le *Code criminel*, 1892[280].

Bien entendu, la common law permet parfois de régler assez aisément certaines questions. Ainsi, lorsqu'un acte d'accusation identifie la victime par un nom de type occidental et un nom de type autochtone, il suffit de prouver qu'elle portait l'un de ces deux noms, en l'espèce le deuxième. La Cour applique la règle concernant les actes d'accusation dans lesquels le véritable nom est suivi de l'expression « alias » untel[281]. Dans les affaires de viol, le droit de l'accusé d'interroger la plaignante sur ces relations sexuelles semble indiscutable aux juges. Certains d'entre eux ajoutent, à la suite de décisions anglaises, que le juge peut autoriser le témoin à ne pas répondre à une telle question[282].

L'analyse sommaire qui vient d'être présentée laisse de côté bon nombre de questions, telles que l'étude d'incriminations spécifiques, de moyens de défense ou des principes généraux du droit pénal. Elle n'examine pas non plus l'utilisation de ce système par les classes possédantes et les élites ou encore les infractions à caractère sexuel. Elle est enfin limitée au cas du Québec. Néanmoins, dans ce cadre restreint, quelques constats d'ordre méthodologique peuvent être faits. Tout d'abord, au Québec, les juges spécialistes du droit pénal s'expriment en anglais, même ceux qui sont d'origine francophone. La documentation en langue française s'en trouve réduite d'autant, ce qui crée une barrière psychologique pour ceux qui désirent oeuvrer en français. Ensuite, certains juges québécois - tous anglophones - semblent prêts à se détacher de la jurisprudence anglaise, dont ils critiquent le caractère incertain et aléatoire. Ils se heurtent rapidement à l'opposition de leurs collègues et à celle de la Cour suprême ou du Comité judiciaire du Conseil privé. À l'exception d'une décision isolée, la doctrine américaine est en général bien accueillie, tandis que la doctrine française ne semble pas avoir été prise en considération. Les travaux de Stephen et les rapports de commissions chargées de codifier le droit pénal anglais sont cités à l'occasion. Enfin, plusieurs affaires portent sur des questions de procédures ou proviennent de la rédaction déficiente des lois fédérales.

L'ensemble de ces facteurs constitue en quelque sorte des conditions nécessaires mais non suffisantes pour la codification du droit pénal canadien. Il reste donc à examiner dans quelles conditions cette opération s'est effectuée.

C. La codification de 1892

L'idée de codifier le droit pénal canadien n'est pas nouvelle (1). La notion même de codification a d'ailleurs suscité plusieurs prises de position au XIX[e] siècle (2), qui ont préparé le terrain à la codification de 1892 (3). Depuis lors, la common law continue de jouer un rôle fondamental, qui fait peut-être obstacle aux tentatives de recodification (4).

1. Les premiers projets de codification du droit pénal

Dès 1769, Francis Masères prône la rédaction d'un code afin de bien renseigner la population sur le droit qui s'applique au Québec. Cette idée semble toutefois bien en avance sur son temps et n'est pas mise à exécution[283]. Dès cette époque, le terme anglais « code » est utilisé dans une autre acception. Il désigne souvent un ensemble disparate de règles ou de lois qui s'appliquent dans un secteur donné, en particulier en droit pénal[284].

En 1847, un auteur anonyme réclame la codification du droit. Si l'essentiel de son propos porte sur le droit civil, il ne néglige pas pour autant le droit pénal : en ce qui concerne « le code criminel, on peut dire que les salutaires statuts introduits par l'Honorable M. Black, ont tracé la principale ébauche de la réforme à faire », c'est-à-dire la codification[285]. Il est toutefois possible qu'il soit question ici de réformer plutôt que de codifier le droit pénal. L'idée semble néanmoins être dans l'air. En 1850, William Badgley présente un projet de codification du droit pénal et un projet de code de procédure pénale. Ces textes sont inspirés des rapports présentés par la commission mise sur pied par lord Brougham en Angleterre, ainsi que des lois des Provinces Maritimes ou d'autres États américains. Ce député du Bas-Canada fait partie de l'opposition. Il souhaite que son projet soit imprimé puis distribué aux membres du Barreau et de la magistrature afin d'être étudié lors de la session suivante. La Chambre adopte une motion à cet effet, ce qui donne lieu à un bref débat. Louis-Hippolyte LaFontaine, procureur général du Bas-Canada, refuse d'approuver le principe du projet, car les députés n'ont pas eu le temps d'en prendre connaissance. Robert Baldwin, procureur général du Haut-Canada, déclare que le gouvernement n'est pas prêt à se prononcer sur l'opportunité d'une codification. À son avis, là où elle a été adoptée, cette mesure n'a pas toujours eu le succès escompté. Un autre député du Haut-Canada, Henry Smith, est en faveur de la codification, tout comme Louis-Joseph Papineau et le solliciteur-général du Bas-Canda, Lewis T. Drummond[286].

L'année suivante, M. Badgley présente à nouveau ses deux projets. Le 30 juin 1851, ils sont adoptés en deuxième lecture. Un comité est constitué afin de les étudier. Il est composé de Badgley, des solliciteurs généraux de chaque province, Drummond et Macdonald, et des députés Macdonald, Cameron, Smith, Chabot, Richards et Ross. Le 8 août, un bref rapport est présenté à la Chambre. On peut y lire que dans la mesure où les conditions locales rendaient la chose possible, la législature a toujours tenté de faire en sorte que le droit du Canada-Uni soit conforme à celui de la Grande-Bretagne. Le comité poursuit :

> Le corps de cette loi se compose d'une vaste collection de dispositions législativesexistantes et de dispositions surannées mais non révoquées, et d'opinions judiciaires se contredisant fréquemment, qui exigent de longues et attentives recherches pour les découvrir, et de sérieuses études pour les comprendre, même pour les professeurs, ainsi que pour la nombreuse classe des officiels qui doivent la faire exécuter, tandis qu'elle est entièrement ignorée de la grande masse du peuple, sujet à en subir les pénalités.
> [...]

> Votre comité ne croit pas qu'il soit nécessaire de parler des avantages reconnus de l'assimilation de la loi et de son administration uniforme dans tout le *Canada-Uni*, ou de perfectionner un semblable code autant que possible dans ses détails.

Le comité ne recommande pas l'adoption immédiate des deux projets. Il suggère plutôt que ceux-ci soient examinés par une commission de spécialistes nommée par le gouvernement, qui serait chargée de donner son avis et de suggérer des modifications; une commission semblable doit d'ailleurs voir à la refonte des lois. Le 29 août, une motion à cet effet est adoptée[287]. En pratique, il faut toutefois attendre jusqu'en 1856 pour que la commission de refonte des lois soit constituée; aucune commission n'est créée pour étudier les projets de Badgley. Le fait qu'une commission parlementaire se soit penchée sur les projets de Badgley demeure tout de même significatif. Cela montre que l'idée de codifier le droit pénal a été accueillie favorablement. Certes, un groupe de juriste devait éventuellement être chargé d'étudier la question plus en profondeur; au bout du compte, il aurait pu émettre un avis négatif. Mais il ne faut pas oublier qu'à cette époque, la codification semble avoir le vent dans les voiles[288].

À Montréal, les discussions de 1851 attirent l'attention de Maximilien Bibaud, qui vient de fonder une école de droit. Il envoie au journal *La Minerve* une « Revue critique du Code Badgley » qui est publiée dans plusieurs numéros. Très indépendant d'esprit et ardent catholique, il profite de l'occasion pour souligner les qualités du droit romain et du droit pénal de divers pays européens, sans se dissimuler les abus qui ont pu avoir cours sous l'Ancien Régime français.

Bibaud se montre parfois avant-gardiste. Il souligne que dans les procès pour viol ou pour adultère, les femmes « bien nées » souffrent de la curiosité malsaine du public[289]. Le projet de Badgley propose de punir le fait de s'être enivré, par opposition à l'infraction commise en état d'ivresse, sauf si celle-ci a été planifiée[290]. Il impose la peine de mort uniquement dans les cas de meurtre[291]. Dans les deux cas, Bibaud approuve ces suggestions. En revanche, la peine du pénitencier lui paraît trop sévère pour le crime contre nature « au moins quand il n'y a pas de bestialité »[292]. Il affirme que l'État « est obligé de nourrir ceux qui ont faim, ou de leur procurer de l'ouvrage »[293]. Il déplore la sévérité parfois absurde des lois anglaises, qui sont conçues pour protéger les intérêts des propriétaires[294], tout en reconnaissant que la situation s'est améliorée en Angleterre et au Canada-Uni.

Bibaud s'élève contre « un attachement trop servile pour certaines maximes de la vieille loi commune » et s'inquiète du faible nombre de lois réformant le droit pénal[295]. Il critique plusieurs dispositions du projet de Badgley. Si celui-ci était adopté, « les Canadiens eux-mêmes auraient bientôt à rougir de notre premier essai de codification où les antinomies sont la suite nécessaire du défaut complet d'ordre »[296]. À son avis, une commission de plusieurs juristes devrait étudier la question. On sait que cette solution sera retenue par la commission parlementaire saisie de ces projets, qui remet son rapport le 8 août 1851. Bibaud souhaite également que le droit des pays de l'Europe continentale soit examiné attentivement. En conclusion, il privilégie nettement un code de type civiliste :

> Un vice de nos législations modernes et de celles du Canada en particulier, c'est d'être trop spéciales, trop détaillistes. Elles prévoient moins en voulant trop prévoir, elles ne posent pas, elles évitent de poser des principes, contentes de tout régler, et de tout plier à des dispositions impératives, et substituant souvent à ces principes qui se font désirer, d'inutiles rigueurs. Je demande si tel n'est pas le caractère de la législation anglaise?
>
> Quand il faut dépouiller le principe inédit d'une disposition spéciale pour décider les cas non prévus, on sort incertain de cette recherche, de cette fouille difficile. Le législateur, lui-même, faute de formuler les principes, ne s'est que mal rendu compte de sa disposition. Comment penser que les lacunes ne se multiplieront pas, si aucun principe générateur n'est mis au jour[297]?

2. La perception de la codification antérieurement à 1892

Les débats concernant la codification ne sont pas cantonnés au Bas-Canada. Aux États-Unis, on a pu parler d'un véritable mouvement en faveur de cette réforme. En 1826, l'avocat Edward Livingston soumet à la législature de la Louisanne un projet de code qui ne sera pas adopté; il se distingue des autres codificateurs en proposant d'abolir la peine de mort[298]. Dans d'autres États, la mise par écrit des règles de common law suscite l'hostilité d'un grand nombre d'avocats. Les législateurs finissent par procéder à la refonte de leur législation afin de simplifier une phraséologie souvent verbeuse. Par une sorte d'effet pervers, à la suite de ce succès, les pressions exercées pour codifier la common law diminuent[299]. Pourtant, en 1847, la constitution de l'État de New York est modifiée. La procédure judiciaire doit y être réformée; en outre, des commissaires doivent préparer un code couvrant la totalité ou certaines parties du droit de cet État. Le code de procédure est rédigé par trois commissaires, dont le célèbre David Dudley Field; il est édicté dès 1848. Composé d'articles brefs et très généraux, il doit être modifié chaque année, peut-être en raison de l'hostilité des praticiens. Il est abrogé en 1877; cette année-là, il est devenu pratiquement dix fois plus volumineux qu'en 1848. Cette mauvaise expérience sera souvent citée par les adversaires de la codification.

En ce qui concerne la codification générale du droit new yorkais, des commissaires ont été nommés en 1847 pour un mandat de deux ans, mais ils ne réussissent pas à présenter de projet. Une loi leur désigne des successeurs, mais elle est abrogée en 1849. En 1857, une autre loi pourvoit à la nomination de trois commissaires qui doivent oeuvrer bénévolement. L'un d'eux est David Dudley Field. Pratiquement au même moment, une loi décrète la codification du droit civil du Bas-Canada[300]. Les commissaires new yorkais doivent soumettre leur projet aux responsables de l'administration de la justice avant de le présenter aux députés. Ils terminent leur travail en 1865 et déposent un projet de code politique, pénal et civil. Seule une partie du code pénal est adoptée en 1881, bien que certains États de l'Ouest, notamment la Californie, aient repris à leur compte le projet de code civil[301]. Celui-ci a toutefois été approuvé par les Chambres de la législature à deux reprises, après quoi le gouverneur de l'État a exercé son droit de veto[302].

Les revues juridiques du Canada-Uni, qui ont été minutieusement dépouillées par Mme Joanie Schwartz, consacrent quelques articles aux débats concernant la codification du droit[303]. Certains juristes du Haut-Canada sont très au fait de l'initiative new yorkaise[304]. Selon toute apparence, ils ont également pris connaissance de l'opposition des juges anglais au projet de code présenté en 1854. Un article publié en 1858 attaque de front la conception attribuée à Bentham : il est utopique d'espérer rédiger un code de poche dont la signification sera évidente pour tous. À preuve, les cinq codes de la France ont été modifiés fréquemment, sans compter les nombreuses lois édictées annuellement. En outre, de nombreux commentaires ont été publiés (l'on mentionne ici Touiller, Traplong [sic], Paillet, D'Auvilliers et Teulet). L'auteur se demande quel est l'avantage de la codification? À son avis, un code ne pourra jamais posséder l' « élasticité » et l' « omnipotence » de la common law. La codification constitue en outre d'une expérience dangereuse, car la formulation des lois en vigueur sera modifiée. Pour tout dire, il risque d'y avoir davantage d'obscurité et d'incertitude qu'avant! Même la refonte des lois est sujette à caution[305]. L'année suivante, un auteur affirme qu'il serait absurde d'espérer mettre un terme à l'évolution de la législation en adoptant un code[306]. En revanche, l'utilité d'une refonte des lois est admise, notamment raison de leur phraséologie trop chargée[307].

Dans un autre article publié initialement en Angleterre, on peut lire que : « ...dans le cas où la loi non écrite est bien établie, aucun code n'est requis ; lorsqu'elle ne l'est pas, l'adoption d'un code serait à peu près imposible »[308]. ([w]here the unwritten law is settled, a code is not wanted; where it is unsettled, the formation of a code would be impracticable). Si l'utilité de la codification du droit civil bas-canadien n'est pas remise en question, celle de la common law est jugée impossible et risquée[309]. Ces juristes ne semblent pas soupçonner que le législateur français a délibérément choisi d'employer des formules générales pour laisser toute la latitude voulue au juge. À cette époque, l'auteur des éditoriaux du *Upper Canadian Law Journal*, James R. Gowan, est favorable à la refonte des lois mais s'oppose à la codification.[310] Une décennie plus tard, nous verrons qu'il est devenu un partisan de la codification du droit pénal.

Les ouvrages publiés antérieurement à 1892 ne semblent pas discuter de la codification du droit pénal[311]. Ainsi, s'ils n'hésitent pas à faire référence à la doctrine française, Raoul Dandurand et Charles Lanctôt conservent le silence sur cette question[312]. Il faut donc se tourner vers les périodiques juridiques[313]. En 1874, dans son allocution au grand jury du district de Richelieu, le juge Thomas Jean-Jacques Loranger réclame la codification du droit pénal. Après avoir souligné l'état déplorable de la législation et le caractère incertain des règles de common law, il déclare : « la loi criminelle comme la loi civile doit être connue de tous, et comme la loi civile elle ne se populansera jamais sans codification »[314]. Pour lui, la codification du droit pénal est aux francophones ce que la codification du droit civil et de la procédure est aux anglophones du Québec[315]. À partir de 1879, la revue *Legal News* publie plusieurs articles sur les projets de codification anglais ou américains. En 1880, un auteur cite les propos de Stephen, pour qui il serait extrêmement avantageux de codifier les règles de common law; il ajoute qu'en dépit des imperfections qu'il contient, le *Code civil du Bas Canada* a amplement prouvé son utilité[316].

J.B. Miller, un auteur new yorkais, croit que les codes ont détruit la loi naturelle des habitants de pays européens; à son avis, si ceux-ci s'habituaient aux formes de la common

law, ils découvriraient qu'elle convient mieux à leurs besoins. L'éditeur de la revue lui adresse la réponse suivante :

> [Traduction] Si M. Miller veut connaître l'expérience que nous avons eue du Code, elle peut se résumer en deux mots – en dépit du mécontentement et des plaintes suscités par ses imperfections et ses erreurs, auxquelles de nombreuses décisions judiciaires font référence, nous l'avons néanmoins trouvé utile; nous y tenons et ne nous en départirions pas volontairement[317].

Les arguments idéalistes de certains partisans de la codification sont rapidement dénoncés. Divers auteurs rappellent qu'après l'adoption d'un code, les justiciables doivent encore recourir aux services d'un avocat; que des problèmes d'interprétation continuent de faire surface; que des recueils d'arrêts sont publiés; que des revirements de jurisprudence peuvent se produire; et que, à première vue, le nombre de litiges ne semble pas diminuer[318]. Un éditorial du *Canada Law Times*, qui a selon toute vraisemblance été rédigé par l'éditeur, Douglas Armour, résume ainsi cette position :

> [Traduction] Si nous ne nions pas que plusieurs résultats bénéfiques découlent de la codifiaction lorsque la codification est faisable, nous ne croyons pas ces objectifs si désirables que sont la certitude, le caractère abordable, la commodité et la connaissance universelle du droit seront jamais atteints simplement en codifiant le droit[319].

Les juristes ontariens reconnaissent toutefois que la common law est souvent confuse ou contradictoire et que la formulation des lois laisse beaucoup à désirer[320]. Ils éprouvent donc une certaine ambivalence face à la codification. Ainsi, en 1884, le dépôt au Sénat d'un projet de code pénal suscite un curieux commentaire : l'adoption de ce texte serait une mesure bénéfique, car le droit canadien doit, dans la mesure du possible, être identique à celui de l'Angleterre, afin que la jurisprudence de ce pays continue de recevoir application au Canada. L'auteur tient pour acquis que l'Angleterre adoptera un tel projet, ce qui semble très peu probable en 1884[321]. Si l'on suit la logique de ce raisonnement, le Canada devrait s'abstenir de codifier le droit pénal avant que l'Angleterre ne le fasse. En 1890, en apprenant qu'un projet de code pénal est en préparation, un auteur ne manifeste guère d'enthousiasme : l'adoption d'une telle loi pourrait être souhaitable, écrit-il, à condition que le Parlement ne la modifie pas continuellement par la suite[322].

Si ces auteurs sont partagés face à une codification globale du droit privé, ils demeurent favorables à l'adoption de codes sectoriels, telle que la loi sur les lettres de change édictée en Grande-Bretagne[323]. À ce sujet, un auteur québécois écrit avec lucidité que « [Traduction] dans les pays où il n'y a pas de code, certaines lois sont en réalité de simples sections d'un code »[324]. Les commentaires publiés en Ontario reconnaissent donc que la codification présente des avantages, tout en soulignant qu'elle n'élimine pas les inconvénients attribués à la common law; l'existence de ceux-ci semble admise.

En 1893, le *Canada Law Journal* affirme que le *Code criminel* de 1892 n'est pas parfait, car « [Traduction] [l]'ère des miracles est terminée ». L'auteur n'en éprouve pas moins un sentiment de fierté : il affirme que le pays tout entier peut, dans l'ensemble,

s'enorgueillir de cette réforme[325]. On ne saurait mieux résumer l'évolution de la pensée des juristes ontariens : résolument hostiles dans les années 1850, ils se montrent disposés à reconnaître les mérites de la codification dans les années 1880. Cette vision nuancée de la codification, nourrie des débats américains et de l'expérience québécoise, a certainement préparé le terrain à l'adoption du *Code criminel* de 1892.

3. L'adoption du code de 1892

L'un des instigateurs du projet de codification du droit pénal est le juge James R. Gowan, auquel John A. MacDonald fait souvent appel pour rédiger des projets de loi; il est nommé sénateur en 1885. En 1871, Gowan rencontre en Angleterre Robert Wright, auteur d'un projet de code pénal destiné à la Jamaïque, ainsi que la fille de Edward Livingston, un Louisianais qui a également rédigé une proposition de code. Au Canada, après le retour au pouvoir des conservateurs en 1878, le ministre de la justice entreprend d'abord de refondre les lois fédérales. Dans ce cadre, le sous-ministre de la justice, George Wheelock Burbidge, rédige en 1884 un projet de code pénal qui figure dans le rapport sur la refonte des lois déposé au Senat. En 1889, Henri Elzéar Taschereau, criminaliste de renom et juge à la Cour suprême du Canada, offre à son tour de préparer un code. Le ministre de la justice, John Thompson, craint peut-être de voir le mérite de cette initiative lui échapper[326]. Le 29 octobre 1890, Thompson écrit aux juges afin de leur annoncer qu'il entend déposer un projet de code pénal; il leur demande d'indiquer s'ils sont favorables à l'abolition du grand jury. Au Québec, le juge Bourgeois profite de cette occasion pour déclarer de façon laconique que la « codification de nos lois criminelles, proposée dans la circulaire, est très désirable »[327]. En 1891, un projet de code est très largement diffusé; plusieurs propositions de modifications sont alors transmises au ministre[328]. La décision de codifier ne suscite aucune opposition; elle est même parfois décrite en termes approbateurs[329].

À cette époque, le ministère de la justice compte une dizaine d'employés, dont un seul est francophone; un autre juriste anglophone a été formé au Québec[330]. L'influence des civilistes semble donc négligeable. Selon Brown, Thompson est entouré de partisans convaincus de la codification, qui ne souhaitent pas être à la remorque de l'Angleterre en ce domaine : il s'agit de Burbidge, qui a été nommé juge à la Cour de l'Échiquier, du sénateur James R. Gowan[331], du registraire de cette Cour, Charles Masters, et du nouveau sous-ministre de la justice, Robert Sedgewick. En 1890, ce groupe rédige un projet qui est présenté à la Chambre des Commmunes en 1891. Il ne peut toutefois être étudié avant la fin de la session parlementaire. Thompson récidive en mars 1892. Un comité mixte du Sénat et de la Chambre des Communes est alors constitué. Les Communes étudient ensuite le rapport de ce comité. Après l'adoption du texte par le Sénat, la sanction royale est accordée le 8 juillet 1892. Le *Code criminel* entre en vigueur le 1er juillet 1893[332].

L'entourage de Thompson semble avoir tiré certaines leçons des échecs essuyés en Angleterre. Ainsi, toutes les infractions créées par des lois britanniques sont abrogées, à l'exception de celles qui ont été expressément étendues aux colonies par le législateur impérial[333]. Le nouveau code définit les crimes et les infractions donnant lieu à une poursuite sommaire, ainsi que les règles de procédure applicables dans cette hypothèse. À

la différence des projets anglais, le code canadien ne contient aucune disposition abrogeant en bloc les règles de common law; il préserve expressément celles qui fournissent à l'accusé un moyen de défense, une justification ou une excuse[334]. On peut d'ailleurs noter que James Gowan souhaitait codifier les justifications et les excuses mais qu'il a jugé plus prudent de s'en tenir au texte du projet anglais[335].

Le plus souvent, les rédacteurs reprennent les dispositions du projet de 1880, qui a d'abord été rédigé par Stephen en 1878 avant d'être révisé par une commission de juges en 1879. Vers la toute fin des débats parlementaires, le sénateur Power découvre toutefois que certaines modifications apportées au texte anglais n'ont pas été portées à l'attention des membres du comité mixte du Sénat et de la Chambre des Communes. Mais l'affaire en reste là[336]. Pour le reste, le code reprend souvent des dispositions de la législation canadienne. Si l'on inclut les articles qui ont été composés ou modifiés au Canada, Brown estime que 75 % du code ne provient pas intégralement du droit anglais. À son avis, Thompson a fait tout son possible pour ne pas attirer l'attention sur ce fait[337]. La perception de Robert Sedgwick est toute autre. Dans un mémoire confidentiel adressé à Thompson en 1893, qui est donc *a priori* digne de foi, il rappelle au ministre ce qui suit : « [Traduction] vous savez à quel point nous avons pris soin, aussi bien devant le comité mixte qu'en Chambre, de signaler les changements apportés par le projet de loi, soit à la common law, soit à la législation »[338]. En réalité, le projet de 1880 reformule plusieurs dispositions qui ont été édictées en Angleterre en 1861 et ont été reprises au Canada en 1869. À cet égard, il s'apparente davantage à une refonte qu'à une modification du droit.

Très rapidement, Thompson laisse tomber une partie très controversée du projet. Ces dispositions auraient accordé à l'accusé le droit de témoigner que la common law lui refusait à cette époque. Cette modification sera effectuée l'année suivante, juste avant que le nouveau code n'entre en vigueur[339]. En Angleterre, il a fallu attendre jusqu'en 1898 pour que ce droit soit accordé à l'accusé, notamment en raison de l'oppositon des députés irlandais[340].

Les débats de la Chambre des communes ont été marqués par leur sérieux; Wilfrid Laurier exige d'ailleurs la lecture intégrale de chaque article[341]. Outre Thompson et Laurier, les principaux protagonistes sont David Mills et Louis Davies, qui seront par la suite ministres dans le gouvernement Laurier et juges à la Cour suprême du Canada, ainsi que Thomas Mulock, qui sera lui aussi ministre dans ce gouvernement avant d'être nommé à la Haute Cour de l'Ontario puis de devenir juge en chef de cette province. Thompson se révèle être un fin stratège. Il tente de répondre aux critiques de son mieux, si possible en rappelant que la commission parlementaire britannique était composée de juges éminents. S'il ne parvient pas à désamorcer les critiques, il accepte parfois les amendements proposés par l'opposition. Si cela n'est pas possible, il met de côté la disposition contestée afin de trouver plus tard un terrain d'entente[342].

À titre d'illustration, certains députés des Maritimes sont préoccuppés par le champ d'application d'une infraction, l'entrave au travail d'un officier public, qui est passible de dix années d'emprisonnement. À leur avis, celle-ci ne devrait pas protéger tous les fonctionnaires, par exemple ceux du ministère des pêches, qui peuvent saisir sans autorisation préalable les filets et les embarcations des pêcheurs. Mulock déclare qu'il s'agit

d'un cas où « [Traduction] la bureaucratie est devenue folle »[343]. Au bout du compte, la définition pertinente est modifiée[344].

En règle générale, les francophones interviennent très peu. Un juriste aussi éminent que François-Charles-Stanislas Langelier ne prend la parole qu'une seule fois. Il demande si les dispositions concernant les tribunaux provinciaux relèvent bien de la compétence du Parlement fédéral[345]. La séance du 24 juin fait toutefois exception à la règle : Joseph-Adolphe Chapleau et Joseph-Aldéric Ouimet, qui ont tous deux plaidé des causes pénales, critiquent un article qui permet au juge d'interrompre le procès devant jury si l'accusé est pris par surprise. Wilfrid Laurier ne juge pas souhaitable de devancer l'Angleterre sur cette question; en effet, à une exception près, les députés présents trouvent cette innovation inutile. Au bout du compte, l'idée est abandonnée[346]. Par ailleurs, le député Choquette demande que les francophones de l'Ontario aient droit à un procès devant un jury mixte et bilingue, composé de six anglophones et de six francophones, comme c'est le cas au Québec et au Manitoba[347]. Thompson répond que ces francophones [Traduction] « parlent mieux l'anglais que plusieurs de leurs voisins ». En outre, s'ils sont nombreux dans la région, ils seront représentés sur le jury. De toute manière, dans les autres provinces, les procès doivent se dérouler en anglais[348].

La justification du projet proposée par le ministre est assez sommaire : elle consiste à vanter les mérites du travail accompli en Angleterre par les auteurs des projets de 1878 à 1880, en soulignant qu'ils ont cherché à simplifier le droit et à éliminer les obscurités et le vocabulaire technique. Thompson précise que le code remplacera toutes les lois créant des infractions sans éliminer pour autant la common law. Celle-ci conservera donc l'élasticité à laquelle les adversaires de la codification tiennent tant. Le ministre décrit ensuite les principales modifications du projet, notamment l'élimination du terme « malice » et de la distinction entre les crimes et les délits, le remplacement du terme « larcin » par le mot « vol » et l'octroi aux cours d'appel du pouvoir d'ordonner des nouveaux procès. L'idée d'abolir le grand jury, discutée depuis 1889, est abandonnée[349].

De manière générale, l'opposition libérale approuve la codification. Toutefois, au début des débats en comité plénier, Richard Cartwright se refuse à adopter un projet qui a été rejeté par le Parlement britannique en raison de ses imperfections. Thompson réplique qu'il n'y a pas eu d'opposition au projet lui-même. En ce qui concerne le juge en chef Cockburn, il ferait partie de ces personnes qui s'opposent à tout ce qui été fait par d'autres. Wilfrid Laurier fait alors remarquer que le projet transforme les ouvrages de doctrine en texte de loi. Thompson répond que cela n'est pas entièrement vrai. Néanmoins, lorsqu'il a paru utile aux rédacteurs d'énoncer l'état du droit de manière détaillée, cela a été fait. À ce moment, les discussions sur la formulation d'un article précis reprennent et la question demeure en suspens[350].

Un débat semblable a lieu au sujet du libelle séditieux. Louis Davies s'oppose à toute définition de la sédition, afin que les jurys puissent faire évoluer cette notion avec le temps. Pour lui, il s'agit là de l'élasticité de la common law. Le ministre de la justice se laisse convaincre[351]. En 1951, le rejet de la définition de Stephen joue d'ailleurs un rôle déterminant dans l'acquittement de témoins de Jehova accusés de sédition[352]. La disposition sur le libelle diffamatoire est également critiquée. Selon Thompson, le projet

reprend simplement une règle de common law que les juges continueront d'appliquer comme par le passé. Laurier réplique que le fait de couler cette règle dans une disposition législative lui fait perdre son élasticité. Là encore, la discussion tourne court[353].

Les travaux du Sénat seront beaucoup plus brefs. La première lecture a eu lieu en avril; à cette occasion, James Gowan fait une présentation dithyrambique du projet, dont il souligne le caractère innovateur et sans précédent, à l'inverse de la stratégie adoptée par Thompson. Le comité mixte de la Chambre des communes et du Sénat est ensuite mis sur pied[354]. Il faut attendre jusqu'au 4 juillet pour que le projet adopté par les Communes soit transmis à la Chambre haute. Le sénateur Bellerose proteste immédiatement, car les amendements adoptés par les députés n'ont pas été traduits. Il explique qu'il n'est pas dans ses habitudes de faire des difficultés à ce sujet, mais qu'il a besoin de la version française pour bien saisir la signification d'un texte aussi important[355]. Le premier ministre Abbott promet que le texte ne sera pas adopté avant que la version française ne soit prête[356]. Le 6 juillet, la traduction n'est toujours pas disponible. Les francophones acceptent toutefois que l'étude du texte débute. Abbott leur a promis de reporter à plus tard l'étude des dispositions dont ils souhaitent obtenir la traduction, laquelle sera complétée avant l'adoption définitive du texte[357]. C'est dire le peu d'importance qui a généralement été accordé à la version française.

C'est ce moment que choisit le leader de l'opposition, Richard William Scott, pour mener une charge à fond de train contre l'adoption du code. Pour lui, le code se substitue à la common law; la sagesse et l'expérience acquise depuis des siècles vont être mises de côté. En outre, sur bien des points, le projet modifie de façon significative les règles en vigueur. Au cours des débats parlementaires, il s'agit de la première critique soutenue de la décision de codifier. Toutefois, Scott a été nommé membre du comité mixte des Communes et du Sénat chargé d'étudier le projet. Il reconnaît ne pas avoir eu le temps de participer aux travaux de celui-ci. Ce fait enlève beaucoup de poids à ses arguments. Au bout du compte, sa tentative de convaincre ses collègues de retarder l'étude du projet se solde par un échec[358]. Plusieurs sénateurs - tous anglophones - soulignent d'ailleurs que l'adoption du code est souhaitée d'un bout à l'autre du pays[359].

Les débats se déroulent au mois de juillet, à une époque où la session parlementaire a généralement pris fin. Le sénateur Kaulbach affirme qu'il n'a jamais entendu un président lire si rapidement les dispositions d'un texte. Il demande qu'elles soient lues distinctement[360]. En dépit de ce fait, les débats en deuxième lecture durent à peine trois jours. Néanmoins, les sénateurs trouvent le temps de s'opposer à un amendement adopté par les députés. Cette modification de dernière minute exempte les compagnies qui sont autorisées par une loi provinciale ou fédérale à mettre sur pied une loterie de l'interdiction d'organiser une telle activité. En pratique, cette exception s'applique uniquement au Québec, où la loterie de la Société Saint-Jean-Baptiste suscite une véritable frénésie. Le sénateur Abbott demande en vain que l'on respecte la volonté populaire : l'exemption est retranchée et les députés sont contraints d'accepter cette modification[361]. Au moment où on ne l'attendait plus, la société distincte fait soudainement son apparition ...

Tout au long des débats, on ne trouve aucune mention du *Code civil du Bas-Canada*. Les concepts de droit privé auxquels les députés font parfois appel proviennent

uniquement du système de common law; il en va ainsi lorsqu'ils se demandent si le détenteur d'une servitude de passage (*easement*) est en possession de ce droit ou si les intérêts d'un créancier hypothécaire doivent être protégés (*mortgagee*)[362]. Ce n'est pas le moindre des paradoxes de constater que Wilfrid Laurier craint de voir disparaître l'élasticité de la common law tandis que les juristes de common law ne soufflent mot de cette question. Il semble que les juristes francophones s'intéressent peu à cette réforme. Ils n'ont en tout cas aucune envie de remettre en question le compromis intervenu avec l'*Acte de Québec*.

Au bout du compte, cette réforme semble avoir été effectuée dans une certaine indifférence. Cela est notamment attesté par l'absence de discussion approfondie dans les journaux. Au mieux, ceux-ci critiquent ou louangent le projet, sans jamais susciter de véritable débat[363]. Cela ne doit pas surprendre outre mesure, car le ministre a mis l'accent sur le fait que le code ne modifierait pas de façon significative le droit pénal canadien. Dans l'état actuel des connaissances, il faut conclure que la codification du droit pénal n'a été réclamée que par un très petit nombre de francophones; à cet égard, leurs besoins particuliers sont passés sous silence au cours des débats parlementaires. En revanche, la nécessité de cette réforme semble faire l'objet d'un consensus partout au Canada. Cela semble s'expliquer au moins en partie par la volonté de s'extraire du fouillis dans lequel la jurisprudence de l'Angleterre semble en train de s'enliser à cette époque. Mais cette critique de la common law est contenue dans les revues juridiques et dans certains jugements. Les parlementaires ne sauraient la formuler à voix haute sans violer ce qui demeure encore un tabou.

C'est en se réclamant de la réputation de certains juristes anglais que le ministre a pu mener à bien au Canada une réforme qui a échoué en Angleterre. À long terme, le code renforcera sans doute l'identité canadienne; à court terme, il est présenté comme un emprunt, même si dans les faits, un nombre non négligeable de ses dispositions reformule simplement la législation existante.

4. La codification de 1892 à nos jours

(a) Le rôle de la common law

En 1892, le juge Henri-Elzéar Taschereau rend publique une lettre adressée au ministre de la justice qui critique violemment le nouveau code. En plus de nombreuses incohérences concernant les peines, la formulation ou le plan suivi, il s'élève contre le caractère incomplet du texte :

> [Traduction] Il me semble qu'il faut reconnaître que notre code de 1893 est encore plus déficient, en ce qui concerne la complétude, que celui à propos duquel le lord juge en chef [d'Angleterre] a émis son opinion au sujet des éléments essentiels d'une codification, compte tenu du fait que le second remplaçait l'ensemble de la common law, tandis que le premier laisse subsister celle-ci intégralement avec, en outre, un nombre de lois importantes, disseminées à travers les recueils de lois. Il s'ensuit qu'à l'avenir, quiconque veut déterminer l'état du droit pénal sur une

> question déterminée devra examiner, premièrement, la common law, deuxièmement, notre législation non abrogée, troisièmement, la jurisprudence, quatrièmement, des lois impériales spéciales sur le sujet en vigueur au Canada, auxquelles le code ne fait même pas allusion et cinquièmement, le code[364].

Taschereau déplore l'absence de certaines règles fondamentales en droit pénal, par exemple l'exigence de la *mens rea* [365]. Jusque-là, il avait toujours cru que la codification serait avantageuse; il éprouve maintenant des doutes sur le sujet[366].

La critique de Taschereau ne convainc pas les juristes du ministère[367]. Selon Robert Sedgwick, un code ne peut contenir la totalité des règles applicables[368]. En outre, le Parlement canadien ne peut modifier les lois impériales qui visent expressément le Canada[369]. En ce qui concerne les infractions de common law qui ne sont pas prévues par le code, elles correspondent selon Sedgick à une grave violation de la « loi morale ». L'individu qui y contrevient sait donc que sa conduite est répréhensible et illégale. Qui plus est, ces infractions ont été omises délibérément du code[370]. Dans certains cas, il n'a pas été jugé souhaitable de souligner l'existence de crimes devenus désuets[371]. À son avis, il est souhaitable que la common law puisse suppléer aux lacunes que comporteraient les incriminations du code[372]. Il est également nécessaire qu'elle continue d'offrir des moyens de défense dans des cas imprévus :

> [Traduction] Tous les esprits n'ont pas une confiance si absolue et une si haute opinion de leur capacité de sorte qu'ils croient pouvoir affirmer sans risque que la formulation des règles concernant les excuses ou les justifications est à ce point complète que l'exclusion de la common law est justifiée[373].

Sedgwick souligne également qu'en règle générale, le code n'avait pas pour objectif de modifier l'état du droit en vigueur[374]. Mis à part quelques erreurs de rédaction, il conclut que les critiques du juge ne sont pas fondées.

Comme chacun sait, après l'entrée en vigueur du code, la common law continue de jouer un rôle fondamental en droit pénal canadien. Elle peut être une source d'infractions, indépendamment de toute loi[375]. En 1950, la Cour suprême du Canada déclare que seul le Parlement peut créer de nouvelles incriminations, par opposition à celles qui sont déjà reconnues par la common law[376]. À l'occasion de la révision du Code, en 1954, le législateur reformule l'article 5 du code de 1892; il abroge les infractions prévues par des lois britanniques ou par des lois antérieures à l'entrée d'une province ou d'un territoire dans la Confédération canadienne, en plus des lois impériales qui visent expressément les possessions britanniques. Il abroge également les infractions prévues par la common law, à l'exception du « pouvoir [...] d'imposer une peine pour outrage au tribunal »; cette disposition est devenue l'article 9 du code actuel. Par ailleurs, les règles de common law qui constituent une justification, une excuse ou un moyen de défense demeurent en vigueur[377].

La définition de l'expression « moyen de défense » a donné lieu à une controverse. Suffit-il que l'accusé mette de l'avant une qualification des faits conduisant à un acquittement pour que l'on puisse parler de défense? Ou faut-il qu'il invoque un principe qui soit distinct des éléments constitutifs de l'infraction, soit l'*actus reus* ou la *mens rea*[378]? La question s'est

posée avec acuité dans l'affaire *Jobidon*[379]. L'article 265 (1) dispose qu'il y a voies de fait si l'accusé use de la force sans le consentement du plaignant, sans définir ce concept; l'article 265 (3) précise que le consentement n'est pas valide dans un certain nombre de cas, sans mentionner les combats à mains nues. Les juges majoritaires décident que, dans cette hypothèse, le consentement n'est pas valide si les participants ont l'intention de s'infliger des blessures.

L'opinion majoritaire, rédigée par le juge Gonthier, voit dans l'absence de consentement un moyen de défense, même s'il s'agit d'un élément de l'*actus reus* qui doit être prouvé hors de tout doute raisonnable par la poursuite[380]. Si l'on retient cette dernière hypothèse, il demeure possible de recourir aux principes de common law pour décider si le terme « consentement » est limité par l'intérêt public; en énumérant des exceptions à l'article 265 (3) C.cr., le législateur n'a pas manifesté clairement sa volonté d'écarter la common law sur cette question[381]. Dans son opinion minoritaire, le juge Sopinka soutient qu'en exigeant pas la preuve de l'absence de consentement, contrairement au texte du code, l'opinion majoritaire crée une infraction qui découle uniquement de la common law, ce qui est interdit par l'article 9 a) C.cr. En outre, elle fait peu de cas de « l'importance de la certitude dans la détermination des comportements qui constituent une infraction criminelle », ce qui constitue la raison d'être de la codification[382].

Cette affaire met en lumière le rôle particulier de la loi dans un système de common law. Le code peut toujours être complété par des principes de common law qui n'entretiennent aucun lien avec le texte de ses dispositions. Dans un système civiliste, les dispositions expresses du code peuvent constituer des cas d'application d'un principe plus général auquel les juges acceptent de donner effet[383]. À cet égard, l'arrêt *Jobidon* est à la croisée des chemins. En effet, l'article 265 (3) ne précise pas que la liste des cas d'invalidité du consentement qu'il énumère est exhaustive. Il est donc possible de tenter de trouver un dénominateur commun à ces exceptions - c'est la méthode civiliste - ou de délaisser le texte pour analyser les règles de common law antérieures à son adoption, quitte à reconnaître une exception qui n'a pas été prévue par le législateur[384]. Le juge Gonthier semble combiner ces deux méthodes[385].

Il existe toutefois un autre tendance jurisprudentielle : certains arrêts ont conclu que la formulation du code écarte les principes de common law et consituent en quelque sorte un nouveau départ[386]. Dans ce contexte, le terme anglais *codification* peut désigner l'opération qui consiste à transformer une règle de common law en une disposition législative; elle s'oppose alors à une modification de l'état du droit. En français, le terme codification englobe simultanément l'énonciation et l'amélioration des règles suivies dans un domaine donné; il peut difficilement être employé lorsqu'il est question d'un seul article.

La Cour suprême a également eu à se pencher sur la règle de common law qui permet aux tribunaux d'imposer des sanctions pour outrage criminel; ce pouvoir est expressément préservé par l'article 9 du code actuel. Il y a outrage criminel lorsque le refus d'une personne de se conformer à une ordonnance d'un tribunal constitue un défi public à l'autorité de celui-ci (*public defiance*). Dans cette hypothèse, il n'y a pas de limites à la peine qui peut être imposée. Par contre, le simple fait de contrevenir à une telle ordonnance constitue un outrage civil; dans ce cas, la peine encourue est fixée par les lois provinciales.

En 1992, un tribunal entérine une ordonnance interdisant à un syndicat d'infirmières albertaines de faire la grève. Les syndiqués passent outre et deux condamnations pour outrage criminel sont prononcées; des amendes de 250 000 $ et de 150 000 $ sont imposées, par opposition à la somme maximale de 1 000 $ prévu par la loi provinciale. La Cour d'appel de l'Alberta confirme ces décisions.

Devant la Cour suprême, le syndicat invoque « le principe selon lequel tous les crimes et toutes les sanctions ne peuvent être créés qu'en conformité avec un droit établi et déterminé d'avance ». Seuls les juges majoritaires se prononcent sur cette question. À leur avis, « une loi non codifiée ne porte pas nécessairement atteinte à ce principe ». Deux motifs sont invoqués au soutien de cette affirmation : pendant des siècles, les crimes de common law n'étaient pas perçus comme une violation de cette règle; en outre, il faut parfois avoir recours à la common law pour déterminer la portée des crimes codifiés. En somme, à elle seule, l'absence de codification n'est pas fatale, car la common law a joué et continue de jouer un rôle important en droit pénal[387]. C'est faire peu de cas des nombreux juristes anglais ou canadiens qui, dès le XIX[e] siècle, ont critiqué le caractère arbitraire des incriminations découlant de la common law. Si son corps embaumé n'était pas conservé précieusement par le *University College* de Londres, Jeremy Bentham se serait retourné dans sa tombe ...

La conclusion de la Cour est cependant justifiée par l'article 11 g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aux termes de cette disposition, une déclaration de culpabilité ne saurait être fondé sur une action ou une omission « [...] qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »[388]. Il s'ensuit qu'une infraction peut découler uniquement de la common law, puisque celle-ci fait partie du « droit interne du Canada », et n'a pas à être prévue par un texte de loi[389].

En ce qui concerne l'imprécision, l'outrage criminel exige que l'accusé viole une ordonnance en ayant conscience du fait que cette désobéissance publique contribue à miner l'autorité de la cour[390]. L'outrage criminel ne serait donc « ni vague ni arbitraire ». Il serait possible de prédire à l'avance si un comportement constitue une telle violation[391]. En matière d'outrage au tribunal, la zone de risque dont parlait le juge Gonthier dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceuticals* est certes très étendue. Dans l'ensemble, la jurisprudence de la cour a clairement reconnu qu'une incrimination peut être prévue uniquement par la common law, comme dans le cas de l'outrage criminel. La portée d'un élément constitutif de l'infraction peut également être étendue par la common law. Le code criminel apparaît ainsi comme un recueil de principes dont la common law peut moduler la portée en fonction des circonstances, comme la jurisprudence peut le faire dans un système de droit codifié.

(b) Vers une recodification du droit pénal canadien?

De nos jours, la phraséologie et l'organisation du code actuel, qui est hérité du texte de 1892, sont très largement décriées[392]. Cela résulte en partie des nombreuses modifications effectuées pendant un siècle, qui prennent dès le départ une orientation répressive marquée[393]. Les francophones sont d'ailleurs proportionnellement moins

nombreux à réclamer des amendements après l'adoption du code[394]. Outre le législateur, la jurisprudence continue de jouer un rôle fondamental en droit pénal canadien, mais elle augmente sans aucun doute sa compexité. Dans ces conditions, plus personne ne soutient que la codification a paralysé l'évolution du droit.

Qu'en est-il du projet de recodifier le droit pénal canadien? On sait que la Commission de réforme du droit du Canada a préparé un projet de code[395] dans l'espoir de rendre le droit pénal plus accessible, plus clair et plus cohérent[396]. Le Parlement n'a pas donné suite à ce projet, pour des motifs complexes[397]. Sans discuter de ses mérites, on peut se demander s'il y a eu au Canada une hostilité semblable à celle qui s'est manifestée en Angleterre au XIX[e] siècle[398]. Notons que pours certaines juristes féministes, le droit pénal est trop peu sensible aux problèmes vécus par les femmes pour qu'il soit opportun de le recodifier[399].

L'idée d'inclure une définition des principaux moyens de défense suscite parfois des réactions déconcertantes. On répète à l'envie le mot de Portalis « *Tout prévoir*, est un but qu'il est impossible d'atteindre »[400], sans mentionner l'importance fondamentale de la jurisprudence dans un système de droit codifié. Celle-ci joue pourtant un rôle essentiel en droit pénal français. Ainsi, en ce qui concerne l'élément moral de l'infraction, le code français de 1810 et le code canadien de 1892 sont tout aussi lacunaires. Pourtant, les juges ont developpé des règles à ce sujet.[401] Il en va de même pour la défense de nécessité. En Angleterre, Stephen a voulu l'inclure dans son code, mais ses collègues s'y sont opposé[402]; le *Code criminel* ne prévoit donc rien à ce sujet. En France, le Code pénal de 1810, qui est tout aussi silencieux sur la question, prévoit au surplus que « toute excuse ou mitigation de la peine doit être expressément prévue par la loi ». Pourtant les juges français et canadiens ont reconnu l'existence de cette défense[403].

Au Canada, il serait peut-être inconstitutionnel d'interdire la reconnaissance de moyens de défense que le code n'aurait pas prévus[404]. Il est en effet très risqué d'établir une liste exhaustive des moyens de défense[405]. Cela ne change rien au fait qu'il serait avantageux de codifier ceux qui sont déjà reconnus en jurisprudence, en privilégiant les formules générales susceptibles d'englober un très grand nombre de cas. À cet égard, peut-on dire que le recours à des standards « vagues » se fait aux dépens de la complétude et de l'accessibilité et qu'il aurait été souhaitable de fournir davantage de précisions dans le projet de la Commission de réforme du droit du Canada, afin de limiter le recours à d'autres sources[406]? Oui, si l'on croit que le lecteur ou la lectrice doivent avoir une information aussi détaillée que possible; non, si l'on pense qu'une indication générale, sous forme de principe, est parfois préférable, quitte à laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin de préciser son champ d'application[407]. Il ne vas pas de soi que les non-juristes souhaitent avoir accès à l'ensemble du droit pénal, si tant est que cela soit possible pour les spécialistes eux-mêmes.

Les principaux utilisateurs du code sont les juristes et, dans une moindre mesure, les forces de l'ordre. Pour ces personnes, la lisibilité du texte de loi est un avantage non négligeable, même si la jurisprudence et la doctrine jouent un rôle essentiel. Les non-juristes y trouvent également leur compte, par exemple s'ils font partie d'un jury ou souhaitent se renseigner eux-mêmes. Dans cette dernière hypothèse, un principe général

codifié représente toujours un point de départ utile; en outre, un code dont le plan et les dispositions sont faciles à appréhender peut, dans certains cas, fournir rapidement une réponse. Même si elle ne se produit pas fréquemment, une telle démarche est légitime. Il serait désespérant de renoncer à s'en préoccuper.

V. Conclusion

La perception qu'ont les juristes du phénomène de la codification diffère selon le système dans lequel ils oeuvrent. En droit civil, la jurisprudence joue un rôle fondamental aussi bien dans la mise en oeuvre des principes généraux du code que dans la création de solutions lorsque des cas imprévus se présentent. Telle est la conception de Portalis, qui a été reprise en droit pénal français, sous réserve du fait que les incriminations doivent être prévues par un texte de loi. En Angleterre, les juristes ont longtemps adhéré à la conception de Bentham, qu'ils l'aient combattue ou approuvée. Dans cette perspective, la codification a pour but d'éliminer ou de restreindre considérablement la discrétion judiciaire, tout comme la loi dans le système de common law. Il devient alors nécessaire d'énumérer en détail les situations visées par le législateur. Dans une certaine mesure, le projet rédigé par Stephen en 1878 s'éloigne de ce modèle, mais on sait qu'il ne fut pas adopté par le Parlement. Au Canada, l'idée de codifier le droit pénal a été accueillie favorablement par les civilistes du Québec, qu'ils aient été anglophones ou francophones. Il en est allé de même pour la majeure partie des juristes ontariens et canadiens, qui ont peut-être cherché par là à promouvoir le sentiment d'identité canadienne.

Ainsi, à la fin du XIX[e] siècle, des membres influents du gouvernement canadien adhèrent à la philosophie des codificateurs anglais. Le *Code criminel* de 1892 qui résulte de leurs activités conserve une large place à la jurisprudence, dont le rôle est quelque peu restreint en 1954, alors que les infractions de common law sont abrogées. Si l'on examine le Code pénal français de 1810, le traitement sommaire que le code canadien réserve aux moyens de défense ne détonne pas. En revanche, à la fin du XX[e] siècle, cette lacune paraît anormale dans le monde occidental; elle se justifie difficilement quand on sait qu'aux États-Unis, de nombreux États se sont dotés d'un code pénal plus complet[408]. Certes, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il n'existe aucune obligation de codifier. Il est également vrai que les juges chargés d'interpréter un nouveau code feraient encore appel à certains concepts de common law, dans la mesure ou ceux-ci ne seraient pas contredit par le nouveau texte. Sans faire disparaître la jurisprudence ou les problèmes d'interprétation, la recodification présenterait, au minimum, l'avantage de simplifier la tâche des individus qui doivent connaître le droit pénal.

En 1975, le juge Pigeon critiquait les changements apportés au *Code criminel* par les rédacteurs des *Statuts révisés du Canada* de 1906. Ses propos n'ont rien perdu de leur actualité :

> Ce que n'ont pas compris les responsables de ces modifications maladroites - dont les effets malencontreux se font encore sentir - c'est qu'ils ne pouvaient pas apporter aux changements qu'ils effectuaient l'examen approfondi qu'avaient fait les auteurs du texte primitif. Ils n'ont pas tenu compte non plus d'un facteur que ces derniers n'avaient pas oublié, savoir, l'importance que des lois de ce genre soient bien lisibles. Je veux dire par là que les dispositions en soient facilement compréhensible par ceux auxquels on les lit à haute voix. Cela s'avère particulièrement souhaitable pour les définitions de crimes qu'on doit lire aux jurés. Pour être bien lisibles, il faut que les phrases soient courtes et ne soient pas encombrées d'incidentes et d'énumération[409].

En guise de conclusion, nous aimerions citer le commentaire que faisait le procureur-général de Grande-Bretagne, John Holker, à la Chambre des communes en 1879 :

> [Traduction] Si nous ne faisons rien de plus que de rendre le droit pénal évident, simple, et facile à comprendre, nous n'accomplirons peut-être rien d'héroïque, mais nous aurons, je crois, rendu un grand service à la communauté; car il est souhaitable que le droit, particulièrement le droit pénal, soit certain et intelligible pour le peuple, afin que celui-ci puisse comprendre quels actes sont licites et quels actes sont interdits, et quels actes s'ils sont commis par lui, le rendent passible de peine[410].

Il reste à souhaiter que l'idée de recodifier le droit pénal canadien ne connaîsse pas le même sort que le projet anglais de 1879.

Notes de fin de document

[1] André Jodouin, « La légitimité des sources du droit pénal (réflexions d'un agnostique sur les certitudes fondamentales du droit répressif) », à paraître dans Les certitudes du droit, Thémis; disponible sur internet, http://www.crdp.umontreal.ca/fr/conferences.

[2] Jean-Pierre Boyer, *Histoire de la justice en France*, 2e éd., (Paris: PUF, 1996), à la page 190.

[3] Jean-Louis Halperin, *L'impossible Code civil*, (Paris: PUF, 1992), à la page 182.

[4] Boyer, *précité* note 2 aux pages 61-63.

[5] Yves-Louis Hufteau, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, (Paris: PUF, 1965), aux pages 14-16.

[6] Jean-Louis Halperin, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, (Paris: LGDJ, 1987), aux pages 256-261; Hufteau, *précité* note 5 aux pages 78-89.

[7] Hufteau, *précité* note 5 aux pages 131-133.

[8] Halperin, *précité* note 3 aux pages 12-15.

[9] *Ibid.*, aux pages 252 et 267.

[10] A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., (Paris: Au dépôt, 1827- 1832); Jean-Guillaume Locré de Roissy, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, (Paris: Truettel et Wurtz, 1827-1832), 31 vol.

[11] Jean-Marie Augustin, « Les premières années d'interprétation du Code civil français (1804-1837) », dans Pierre-André Côté (dir.), *Le nouveau code civil, interprétation et application - Journées Maximillien Caron 1992*, (Montréal: Éditions Thémis, 1993), à la page 32.

[12] Adhémar Esmein, « L'originalité du Code civil », dans *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, (Paris: Rousseau, 1904), à la page 5.

[13] Halperin, *précité* note 6, aux pages 71-73; Hufteau, *précité* note 5, aux pages 40-42.

[14] Jean-Louis Halperin, « Le Tribunal de Cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », dans Robert Badminter (dir.), *Une autre justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, (Paris: Fayard, 1989), à la page 225.

[15] Marie-Claire Belleau, « Pouvoir judicaire et codification: perspective historique » (1997-98) 28 R.D.U.S. 67 aux pages 81-85 et 115.

[16] Jean-Louis Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, (Paris: PUF, 1996), à la page 57.

[17] François Ewald, (dir.) *Naissance du Droit Civil*, (Paris, Flammarion, 1989), à la page 35.

[18] Voir à ce sujet Belleau, *précité* note 15.

[19] Hufteau, *précite* note 5 aux pages 131-133.

[20] L.R.Q., c. I-16.

[21] Ewald, *précité* note 17 à la page 47.

[22] Marie-Claire Belleau, « The *Juristes Inquiets*: Legal Classism and Criticism in Early Twentieth Century *France* », [1997] Utah Law Review 379; Halperin, *précité* note 16; Daniel Jutras, « Louis and the Mechanical Beast or Josserand's Contribution to Objective Liability in France » dans Kenneth D. Cooper-Stevenson and Elaine Gibson (éd.) *Tort Theory*, (North York: Cactus Press, 1993), à la page 315.

[23] Pierre Lascoumes, Pierrette Poncella et Pierre Lenoel, *Au nom de l'ordre, Une histoire politique du code pénal*, (Paris: Hachette, 1989) aux pages 248-261.

[24] *Ibid.*, à la page 208; François Tulkens « Les principes du code pénal de Bentham » dans Phillipe Gérard, François Ost et Michel Van de Kerchove (dir.) *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, (Bruxelles: Publications des Facultés universitaires de St. Louis, 1987), à la page 615.

[25] Locré, *précité* note 10, t. 29, à la page 423.

[26] Ewald, *précité* note 17, à la page 45.

[27] Cité par Lascousmes *et al.*, à la page 226.

[28] Locré, *precité* note 10, t. 29, à la page 2.

[29] *Ibid.*, t. 29-31.

[30] *Ibid.*, t. 29, à la page 423.

[31] *Ibid.*, t. 30, à la page 278.

[32] *Ibid.*, t. 31, à la page 170.

[33] *Ibid.*, à la page 176.

[34] *Ibid.*, à la page 276.

[35] *Ibid.*, t. 29, à la page 216 (Dhaubesart); t. 31, à la page 145 (Faure), 274 (Nougarède).

[36] *Ibid.*, t. 30, p. 524; t. 29, à la page 281-282 (Riboud).

[37] *Ibid.*, t. 31, p. 272 (Nougarède).

[38] Lascousmes *et al. précité* note 23, aux pages 114, 236, 241, 245-247, 273.

[39] Locré, *précité* note 10 t. 29, à la page 428 (Berlier).

[40] Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel, 7e éd.*, (Paris: Cujas, 1997), n° 156, à la page 230-231.

[41] *Ibid.*, n° 154, aux pages 233-234.

[42] Art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[43] Marc Ribeiro, « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », (1998) 32 R.J.T. 663.

[44] *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Ltd*, [1992] 2 R.C.S. 606, 642-643, (j. Gonthier).

[45] *Ibid.*, à la page 638.

[46] *Ibid.*, à la page 639.

[47] *Ibid.*, à la page 643.

[48] Ribeiro, *précité* note 43 aux pages 742-743.

[49] *R v. Nova Scotia Pharmaceuticals*, *précité* note 44, à la page 641.

[50] *Ibid.*; voir également *Ontario c. Canadien Pacifique ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Winko v. B.C.(Forensic Psychiatric Institute*, C.S.C. n° 2586, le 17 juin 1999); Ribeiro *précité* note 43 à la page 715.

[51] L.R.C. (1985), c. C-46.

[52] *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 732.

[53] *Ibid.*, à la page 755.

[54] Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, *Droit pénal général, 13e éd.*, (Paris: Dalloz, 1987), nos 211-239, aux pages 260-289.

[55] Merle et Vitu, *précité* note 40 nos 577-606, aux pages 727-761.

[56] *Ibid.*, nos 466-470 aux pages 588-594.

[57] *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

[58] Merle et Vitu *précité*, nos 476 et 478, aux pages 600 et 603; Stefani *et al.*, *précité* note 54 n°. 360, à la page 402.

[59] *Juris-classeur pénal*, 2, art. 222-22.

[60] Art. 265 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

[61] *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714.

[62] Art. 265 (3) C.cr.; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.

[63] A. H. Manchester, *Modern Legal History*, (London: Butterworths, 1980), à la page 42.

[64] Courtnay Ilbert, *Legislative Methods and Forms*, (Oxford: Clarendon Press, 1901), aux pages 24 et s., 111 et s.

[65] *An Act for Shortening the Language used in Acts of Parliament*, 1850 (R.-U.), 13-14 Vict., c. 21

[66] Étienne Dumont, (éd.), *Jeremy Bentham - Oeurves*, 4 t., Scienta Verlag Aalen, 1969, réimpression de l'édition de Bruxelles de 1829, vol. 1 à la page 369.

[67] « the cumbrous, prolix, inartificial, and bewildering phraseology of our statutes » : A.E. Cockburn, « Copy of Letter from the LORD CHIEF JUSTICE OF ENGLAND, dated the 12th day of June 1879, containing Comments and Suggestions in relation to the CRIIMINAL CODE (INDICTABLE OFFENCES) BILL », *British Parlimentary Papers*, 1878-79, LIX à la page 232; Ilbert, *précité* note 64 à la page 78.

[68] Manchester *précité* note 63 à la page 34.

[69] *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, 139.

[70] John Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Betham*, 10 vol. (New York: Russel, 1961), réimpression de l'édition de 1838-1843, vol. 5, à la page 235.

[71] *Ibid.*, vol. 4 à la page 315.

[72] Philip Schofield, « Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence », (1991) 12 Journal of Legal History 58.

[73] Bowring, *précité* note 70, vol 3, à la page 155; Ilbert *précité* note 64 à la page 322; Manchester, *précité* note 63 à la page 39.

[74] Dumont, *précité* note 66, vol. 1 à la page 1.

[75] Gaston Braive, « Jeremy Bentham (1748-1832). L'homme et l'oeuvre, accompagné d'un essai de bibliographie », dans Phillipe Gérard, François Ost et Michel Van De Kerchove (dir.), *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, (Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987), à la page 11.

[76] Dumont, *précité* note 66 vol. 1, à la page 366.

[77] *Ibid.*, à la page 370.

[78] Bowring, *précité* note 70 vol. 3, aux pages 209-210.

[79] *Ibid.*, vol. 1 à la page 152.

[80] *Ibid.*, vol. 4 à la page 313.

[81] H.L.A. Hart (éd.), *On Laws in General*, (London: Athlone Press, 1970), aux pages 158-167, 235-241.

[82] Bowring, *précité* note 70 vol. 9 aux pages 504-505; Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, (Oxford Clarendon Press, 1986), aux pages 434-439.

[83] Bowring, *précité* note 70, vol. 4, p. 454-455, 503, 514-515, 539.

[84] *Ibid.*, aux pages 500 et 543.

[85] *Ibid.*, aux pages 515 et 543-544.

[86] François Ost, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Betham », dans Phillipe Gérard, François Ost et Michel Van De Kerchove (dir.), *précité* note 75, aux pages 186-187, 191; Postema, précité note 82 aux pages 450-451.

[87] Bowring, *précité* note 70, vol 4 aux pages 482-483, 490; Michael Lobban, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, (Oxford: Clarendon Press, 1991), à la page 149.

[88] Bowring, *précité* note 70, vol. 4 à la page 554.

[89] Postema, *précité* note 82 aux pages 421-439; Crimmins « The Common Law and Benthamic Praxis » (1990) 3 C.J.L.J. 145.

[90] Lobban, *précité* note 87 aux pages 182-183; Ost, *précité* note 75 aux pages 206 et s.

[91] Lobban, *précité* note 87 aux pages 188-197.

[92] Postema, *précité* note 82, à la page 290.

[93] Desmond H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, (Toronto: Osgoode Society, 1989), aux pages 14-22.

[94] *Irish University Press Series of British Parliamentary Papers, Legal Administration, Criminal Law*, vol. 5, Shannon, Ireland, 1971, à la page 184.

[95] *Copies of the Lord Chancellor's Letters to the Judges, and their Answers, respecting the Criminal Law Bills of Last Session, British Parliamentary Papers*, 1854, LIII, à la page 303.

[96] *Ibid.*, aux pages 5-6.

[97] *Ibid.*, aux pages 9-11 (j. Alderson), 13 (j. Coleridge), 18 (j. Maule), 19 (j. Wightman), 21 (j. Creswell), 28 (j. Williams), 37 (j. Talfourd), 39 (j. Martin).

[98] *Ibid.*, aux pages 6 (le juge en chef Pollock), 8 (j. Parke), 9 (j. Alderson), 12 (j. Coleridge), 19-20 (J. Wightman), 23 (j. Erle), 28 (j. Williams et j. Platt), 37 (j. Talfourd), 39 (j. Martin) et 43-44 (j. Crompton).

[99] *Ibid.*, aux pages 12 (j. Coleridge), 19 (j. Wightman).

[100] *Ibid.*, aux pages 6 (le juge en chef Pollock), 7 (j. Parke), 12 (j. Coleridge), 38 (j. Martin).

[101] « new combinations of circumstances, arising from time to time »; *Ibid.*, aux pages 43 (j. Crompton), 7 (j. Parke), 9 (j. Alderson), p. 31, 33 et 37 (j. Talfourd).

[102] *Ibid.*, aux pages 31 (j.Tafourd), 38 (j. Martin) et p. 43 (j. Crompton).

[103] *Ibid.*, aux pages 11-13 et 38 (j. Martin).

[104] Manchester, *précité* note 63 à la page 22.

[105] Sanford H. Kadish, « Codifiers of the Criminal Law: Weshler's Predecessors », (1978) 78 Colum. L.R. 1099, aux pages 1112-1113.

[106] Martin L. Friedland, *A Century of Criminal Justice*, (Toronto: Carswell, 1984), à la page 1.

[107] *Irish University Press Series précité* note 94, vol. 6, aux pages 144-145.

[108] *Ibid.*, à la page 153.

[109] *Ibid.*, aux pages 172-174.

[110] James Fitzjames Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, (London: Macmillan and Co., 1877), aux pages xix-xx et xxix.

[111] Brown, *précité* note 93 aux pages 27-29.

[112] *Irish University Press Series précité* note 94 vol. 6, aux pages 381-382.

[113] *Ibid.*, à la page 394.

[114] *Ibid.*, à la page 369.

[115] *Ibid.*, aux pages 374-376.

[116] *Ibid.*, à la page 376.

[117] *Ibid.*, aux pages 378-379.

[118] *Ibid.*, aux pages 378-379 et 386-387.

[119] *Ibid.*, aux pages 411-412.

[120] Friedland, *précité* note 106 aux pages 18-20.

[121] A. E. Cockburn, « Copy of letter from the LORD CHIEF JUSTICE OF ENGLAND, dated the 12th of June 1879, containing comments and suggestions in relation to the CRIMINAL CODE (INDICTABLE OFFENCES) BILL », *British Parlimentary Papers*, 1878-79, LIX, à la page 232; A. E. Cockburn, «Chief Justice Cockburn's second letter on the Criminal Code», (1880) 15 Law Journal, aux pages 184 et 202; Stephen White, «Lord Chief Justice Cockburn's Letters on the Criminal Code Bill of 1879» [1990] Crim. L. R. 315.

[122] Cockburn 1878-1879, *précité* note 121 aux pages 1-2.

[123] Cockburn 1880, *précité* note 121 aux pages 185-188, 203, 205-206.

[124] Cockburn 1878-1879 *précité* note 121 aux pages 6 et 8-10.

[125] *Ibid.*, à la page 14.

[126] *Hansard's Parliamentary Debates, 3rd series*, 1879, April 3rd, col. 324-328; May 5th, col. 1751.

[127] *Ibid.*, col. 326.

[128] *Ibid.*, col. 326; col. 1766.

[129] *Ibid.*, col. 325, 333, 346, 1751, 1756, 1762.

[130] *Ibid.*, col. 323, 338, 344, 1756, 1768 et 1770.

[131] *Hansard's Parliamentary Debates, 3rd* series, 1880, February 23rd, col. 1242 et 1247.

[132] *Ibid.*, col. 1247.

[133] *Ibid.*, col. 1248.

[134] Brown, *précité* note 93 aux pages 23-37.

[135] *Hansard's Parliamentary Debates, 3rd series*, April 12-16 1883, col. 112-113, 121, 138-142.

[136] *Ibid.*, col. 113 et 121.

[137] *Ibid.*, col. 138.

[138] *British Parliamentary Papers*, 1883, 26, n° 225.

[139] *Bills of Exchange Act, 1882*, 45-46 Vict., c. 61.

[140] *Partnership Act, 1890*, 53-54 Vict., c. 39.

[141] *Sale of Goods Act, 1893*, 56-57 Vict., c. 71.

[142] *Bank of England v. Vagliano Brothers*, *précité* note 69 aux pages107, 120 (Lord Halsbury), 129-130 (Lord Selborne), 134 (Lord Watson), 144-145 (Lord Hershell), 160-161 (Lord MacNaghton), 161-162 (Lord Morris).

[143] Manchester *précité* note 63 aux pages 327-347.

[144] *Shaw v. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220.

[145] *Knuller Publishing (Publishing, Printing and Promotions) Ltd. v. Director of Public Prosecutions*, [1973] A.C. 435.

[146] *Director of Public Prosecutions v. Whiters*, [1975] A.C. 842.

[147] Ilbert *précité* note 64 aux pages 122 et s.

[148] Andrew Ashworth, « Editorial », [1990] Crim. L.R. 141; Andrew Ashworth, «Legislating the Criminal Code» [1992] Crim.L.R. 393; Francis Bennion, « (2) The Technique of Codification », [1986] Crim. L..R. 295; David Cowley, « Comment, Codification of the Criminal Law », (1990) 54 J.C.L. 98; Brian Hogan, «Some Reservations on Law Reform», dans Patrick Fitzgerald (éd.), *Crime, Justice & Codification*, (Toronto: Carswell, 1986), à la page 65; A.T.H. Smith, «Codification of the Criminal Law (1) The case for a Code», [1986] Crim. L.R. 396.

[149] George P. Fletcher, « Truth in Codification », (1998) 31 U.C. Davis L. Rev. 765; James Gordley, «Codification and Legal Scholarship», 31 U.C. Davis L.Rev. 735.

[150] Celia Wells, « Restatement or Reform », [1986] Crim. L.R. 314.

[151] 1774 (R.-U.), c. 83, art. 8 et 10.

[152] Michel Morin, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans Patrick Glenn (dir.), *Droit québécois et droit français: communanté, autonomue, concordance*, (Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Ltée, 1993), à la page 24.

[153] Sylvio Normand, « La codification de 1866: contexte et impact » dans Glenn, (dir.) *précité* note 153 à la page 43; Brian Young, *The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, (Montréal: McGill-Queen's University Press, 1994).

[154] John E.C. Brierley, « Quebec's Civil Law Codification: Viewed and Reviewed », (1968) 14 McGill L.J. 521; Murray Greenwood, « Lower Canada (Quebec): Transformation of Civil Law, from Higher Morality to Autonomous Will, 1774-1866 », (1995) 23 Man. L. J. 132; Evelyn Kolish, *Nationalismes et Conflits de Droits: Le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, (Ville Lasalle: Hurtubise HMH ltée, 1994); Morin *précité* note 152 à la page 1; Normand *précité* note 153.

[155] Jean-Maurice Brisson, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, (Montréal: Éditions Thémis, 1986).

[156] Kolish *précité* note 154 à la page 138; «Revision and Printing of the Laws», *Montreal Gazette*, February 12th,1831.

[157] « Correspondance », *Le Canadien*, 6 juin 1832.

[158] 1840 (R.-U.), c. 35.

[159] Pierre Issalys, « La rédaction législative et la réception de la technique français », dans Patrick Glenn, (dir.) *précité* note 152 à la page 119.

[160] Morin *précité* note 152 à la page 9.

[161] *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43, art. 7.

[162] T.W. Ritchie, *Codifications of the Laws of Lower Canada, Some remarks on the Title "of Obligations"*, as reported by Commissioners, (Montréal: John Lovell, 1863), à la page 4.

[163] *Septième Rapport: Code civil du Bas Canada, Sixième et Septieme rapports et Rapport supplémentaire*, (Québec: Desbarats, 1865), aux pages 262-264.

[164] Morin, *precité* note 152 aux pages 13-14.

[165] John E.C. Brierley et Roderick A. Macdonald (dir.), *Quebec Civil Law - An Introduction to Quebec Private Law*, (Toronto: Emond Montgomery Publications, 1993), n[os] 32, 51-53 et 61-63, aux pages 34, 54-59 et 67-73; Sylvie Parent, *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, (Montréal: Thémis, 1997).

[166] *Compagnie immobilière Viger c. Lauréat Giguère*, [1977] 2 R.C.S. 67.

[167] *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal et Gilles Tremblay c. Hydro Québec bail ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

[168] *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122.

[169] *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 6, 7, 1375, 1493-1496.

[170] *Lapierre c. Procureur Général du Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241.

[171] *Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380, 381.

[172] John E. C. Brierley, « The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture: The New *Civil Code of Quebec* » (1992) 42 U.T.L.J. 484; Brierley and Macdonald, *précité* note 165 n[os] 70-83, aux pages 82-97; Louise Langevin et Denise Pratte, «Du *Code civil du Bas-Canada* au nouveau *Code civil du Québec*: l'influence de la codification française», dans Patrick Glenn, *précité* note 152 at page 63; Jean Pineau, «La philosophie générale du nouveau *Code civil du Québec*», (1992) 71 R. du B. can. 423.

[173] Murray Greenwood et Barry Wright, *Canadian State Trials, Law, Politics and Security Measures, 1608-1837*, (Toronto: University of Toronto Press, 1996), aux pages 13-14; Michel Morin, *L'Usurpation de la souveraineté autochtone*, (Montréal: Boréal, 1997), c. V.

[174] P.G. McHugh, « The Common-Law Status of Colonies and Aboriginal *Rights*: How Lawyers and Historians Treat the Past », (1998) 61 Sask L.R. 393.

[175] Sydney Harring, *White Man's Law: Native People in Nineteenth Century Canadian Jurisprudence*, (Toronto: University of Toronto Press, 1998); Morin, *précité* note 173, c. VIII; Russel Smandych et Rick Linden, « Co-existing Forms of Aboriginal and Private Justice: An Historical Study of the Canadian West », dans K. Hazelhurst (éd.) *Legal Pluralism and the Colonial Legacy: Indigenous*

Experiences of Justice in Canada, Australia and New Zealand, (Aldershot: Avebury, 1995), à la page 1; voir également Smandych et Linden, « Administering Justice Without the State: A Study of the Private Justice System of the Hudson's Bay Company to 1800 », (1996) 11 R.C.D.S. 21.

[176] Hamar Foster, « The Queen's Law is Better Than Yours': International Homicide in Early British Columbia », dans Jim Phillips, Tina Loo et Susan Lewthwaite (éd.), *Essays in the History of Canadian Law, vol. 5 Crime and Criminal Justice*, (Toronto: Osgoode Society, 1994), à la page 1.; Tina Loo, « The Road from Bute Inlet: Crime and Colonial Identity in British Columbia » dans Phillips, Loo et Lewthwaite, précité ; à la page 112.

[177] Greenwood et Wright, *précité* note 173 à la page 12; Michel Morin, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », (1997) 57 R. du B. 689 aux pages 692-693.

[178] Thomas Garden Barnes, « The Daily Cry for Justice! : The Juridical Failure of the Annapolis Royal Regime, 1713-1749 », dans Phillip Girard et Jim Phillips (éd.) *Essays in the History of Canadian Law, vol. III: Nova Scotia*, (Toronto: Osgoode Society, 1990), aux pages 15, 18-19, 27-28.

[179] Barry Cahill, « *How Far English Laws are in Force Here*: Nova Scotia's First Century on Reception Law Jurisprudence », (1993) U.N.B. L.J. 113; Samuel Robinson Clark et Henry Pigott Sheppard, *A Treatise on the Criminal Law of Canada*, 2nd ed., (Toronto: Hart & Co., 1882), aux pages 1-10; Greenwood et Wright, *précité* note 173 aux pages 14-22; Jim Phillips, « *Securing Obedience to Necessary Laws*: The Criminal Law in Eighteenth Century Nova Scotia » (1992) Nova Scotia Historical Review 87; Jacques Vanderlinden, « La Réception des systèmes juridiques européens au Canada », (1996) 1 R.C.L.F. 1.

[180] Brown, *précité* note 93, c. II.

[181] Douglas Hay, « Civilians Tried in Military Courts, 1764-1774 », dans Greenwood et Wright, *précité* note 173 à la page 114.

[182] Greenwood et Wright, *précité* note 173 aux pages 13 et 20; André Morel « La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892) », 13 R.J.T. 449, aux pages 455-456, 463-464 et 507-508; mais voir Jean-Marie Fecteau, *Un nouvel ordre des choses: la pauvreté, le crime, l'État au Québec, de la fin du XIXe siècle à 1840*, (Montréal VLB éditeur, 1987), aux pages 90-95.

[183] Adam Shortt et Arthur G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1899*, (Toronto: Osgoode Society, 1986), à la page 435.

[184] *Ibid.*, à la page 436.

[185] Morel, *précité* note 182 aux pages 466-467.

[186] *R. c. Vaughan*, 4 Burr. 2495, 2500, 98 E.R. 310, 308.

[187] Shortt et Doughty, *précité* note 183 aux pages 421-422.

[188] *Ibid.*, à la page 424.

[189] *Ibid.*, aux pages 235 et 329.

[190] Charles Clark, *A Summary of Colonial Law*, (London: Sweet, Maxwell & Stevens, 1834), aux pages 23-24.

[191] Morel *précité* note 182 aux pages 469-470; J.L.J. Edwards, « The Advent of English (not French) Criminal Law and Procedure into Canada - A Close Call in 1774 », (1983-84) 26 Crim. L.Q. 464.

[192] Shortt et Doughty *précité* note 183, à la page 227.

[193] [Françis Masères?], *A Plan for Settling the Laws and the Administration of Justice in the Province of Quebec*, (1857) 1 L.C.J., p. 25 (pagination indépendante), aux pages 27 et 33; Shortt et Doughty *précité* note 183 aux pages 341 et 524-525.

[194] Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, (Paris: PUF, 1990), n° 186, à la page 309.

[195] Murray Greenwood, *Legacies of Fear, Law and Politics in Quebec in the Era of the French Revolution*, (Toronto: University of Toronto Press, 1993), aux pages 164-166.

[196] André Lachance, *La Justice criminelle du roi au Canada au XVIII^e siècle*, (Québec: PUL, 1978), aux pages 84 et 130.

[197] Morel, *précité* note 182.

[198] Sur l'utilisation de cette prérogative en Nouvelle-Écosse, voir Jim Phillips, « The Operation of the Royal Pardon in Nova Scotia, 1749-1815 », 42 U.T.L.J. 401.

[199] Douglas Hay, «The Meanings of the Criminal Law in Quebec, 1764-1774» dans Louis A. Knafla (éd.) *Crime and Criminal Justice in Canada*, (Waterloo: Waterloo University Press, 1981), à la page 77.

[200] Morel *précité* note 182 aux pages 489-499 et 507-508.

[201] Traduction de Shortt et Doughty, *précité* note 183 à la page 544.

[202] *Acte de Québec*, art. 15.

[203] *Ex parte Rousse*, [1834] *Stuart's Reports* 321; Morel *précité* note 182 à la page 472.

[204] Jacques Crémazie, *Les lois criminelles anglaises, traduites et compilées de Blackstone, Chitty, Russell et autres criminalistes anglais, et telles que suivis au Canada: arrangées suivant les dispositions introduites dans le code criminel de cette province par les statuts provinciaux 4 et 5 Victoria, c. 24-27. Comprenant aussi un précis des statuts pénaux de la ci-devant Province du Bas- Canada*, (Québec: Fréchette & Cie., 1842), aux pages 20 note c), 61, note b) et 265, note b).

[205] Douglas Hay et Jean-Marie Fecteau, « *Government by Will and Pleasure Instead of Law*: Military Justice and the Legal System in Quebec, 1775-1783 », dans Greenwood et Wright, *précité* note 173 à la page 129.

[206] *Ordonnance Pour la sureté de la Liberté du Sujet dans la Province de Québec, et pour empêcher les Emprisonnemens hors de cette Province*, 24 Geo. III, c. 3, Arthur G. Doughty, *Rapport*

concernant les travaux des Archives publiques pour les années 1914 et 1915, (Ottawa: J. de L. Taché, Imprimeur du Roi,1917), app. C, à la page 142.

[207] Crémazie, *précité* note 204 aux pages 281-318.

[208] Claude Désaulniers « La peine de mort dans la législation criminelle de 1760 à 1892 », (1977) R.G.D. 141.

[209] Fecteau, *précité* note 182; Morel, *précité* note 182 aux pages 478-479.

[210] « *[A]ll Proceedings [...] which concern Law and the Administration of Justice* »; *An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of* Great Britain *called* England, *and in the Court of Exchequer in* Scotland, *shall be in the* English *Language*, 4 Geo. II, 1732 (R.-U.), c. 26.

[211] Morel, *précité* note 182 à la page 536.

[212] Jean-Pierre Wallot, *Un Québec qui bougeait*, (Montréal: Boréal Express, 1973), à la page 299, note 47.

[213] Joseph-François Perrault (éd.), *Le juge à Paix et officier de Paroisse, extrait de Richard Burn, traduit par Jos.-F. Perrault*, (Montréal: Fleury Mesplet, 1789); Perrault, *Questions et réponses sur le droit criminel au Bas-Canada*, (Quebec: C. Lefrançois, 1814).

[214] Crémazie, *précité* note 204.

[215] Perrault (1789), *précité* note 213 à la page 525.

[216] Crémazie, *précité* note 204 à la page 427; Nicholas Kasirer, « The Annotated Criminal Code *en version québécoise*: Signs of Territoriality in Canadian Criminal Law », (1990) 13 Dal L.J. 520, aux pages 555-557; André Morel, «La langue et l'acculturation juridique au Québec depuis 1760», (1990) 24 R.J.T. 99.

[217] Morel, *précité* note 182 aux pages 509-514.

[218] *An Act for the further introduction of the Criminal Law of England in this Province, and for the more effectual punishment of certain offenders*, 40 Geo. III, S.H.C. 1800, c. 1.

[219] Brown *précité* aux pages 70-92.

[220] *Ibid.*, aux pages 92-93.

[221] Raymonde Crête, Sylvio Normand et Thomas Copeland, « Law Reporting in Nineteenth Century Quebec » (1995) 16 Legal History 147.

[222] *Ex parte Rousse, précité* note 203.

[223] *Re Fisher*, [1834] Stuart's Report 245.

[224] *R. c. Bérubé*, (1852) 3 *D.T.B.C.* 212 (B.R.).

[225] *Acte pour établir une meilleure Cour d'Appel dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1843, 7 Vict., c. 18.

[226] *R. c. Duval*, (1864) 14 D.T.B.C. 52 (B.R.).

[227] *Ex parte Ledoux*, (1858) 8 D.T.B.C. 255 (C.S.).

[228] *Acte pour amender les actes de judicature du Bas Canada*, S.P.C. 1857, c. 44, art. 22 et 23.

[229] *R. c. Barbeau*, (1851) 1 D.T.B.C. 320 (B.R.), 321 (j. Duval); *R. c. Duval*, *précité* note 226, 54 (B.R.), 64-70 (j. Mondelet, diss).

[230] Loi, *précité* note 210; Morel, *précité* note 182 à la page 536.

[231] *Acte pour établir une cour ayant juridiction en appel et en matière criminelle dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 37, art. 14, 23 et 28.

[232] *R. c. Chouinard*, (1878) 4 Q.L.R. 220 (B.R., 1874).

[233] *Ex parte Taschemacher*, (1874) 6 R.L. 328 (C.S.).

[234] *R. v. Morrison et Pagnuelo*, (1871) 3 R.L. 525 (B.R).

[235] *R. v. Deery*, (1882) 26 L.C.J. 129 (B.R., 1874).

[236] Morel, *précité* note 182 aux pages 529-532; Kasirer, *précité* note 216.

[237] *R. c. Barbeau*, *précité* note 229.

[238] Henri-Elzéar Taschereau, *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. For the Dominion of Canada, as Amended and in force on the 1st Day of November, 1874, in the Provinces Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba and on the 1st Day of January, 1875, in British Columbia, with Notes, Commentaries, Precedents of Indictments, etc., etc.* (Montréal: Lovell, 1874); *Ibid.*, (Toronto: Hunter & Rose, 1875); Henri-Elzéar Taschereau, *The Criminal Statute Law of the Dominion of Canada, relating to Indictable Offences, with Full Text as Revised in 1886, and put into Force by Royal Proclamation on the 1st Day of March, 1887, and Cases, Notes, Commentaries, Forms, etc., etc.*, (Toronto: Carswell, 1888).

[239] *Brisebois c. La Reine*, (1888) 15 R.C.S. 421, 434-438; *In re Sproule*, (1886) 12 R.C.S. 140, 213-226; *Morin c. La Reine*, (1890) 18 R.C.S. 407, 430-443; mais voir *Preeper c. La Reine*, (1888) 15 R.C.S. 401, 411-412, en anglais.

[240] Michel Morin, *précité* note 152 à la page 1.

[241] *Duval c. La Reine*, *précité* note 226, 52 (B.R.), 65; *R. c. Daoust*, (1867) 10 L.C.J. 221 (B.R.), 222 (B.R.); *Ramsay c. La Reine*, (1867) 11 L.C.J. 158 (B.R.), 159.

[242] *Ex parte Blossom*, (1867) 10 L.C.J. 46 (B.R.), 52.

[243] *R. c. Daoust*, *précité* note 241 aux pages 223 (j. Meredith), 224-225 (j. Drummond); *R. c. Roy*, (1866) 11 L.C.J. 89 (B.R.), 92 (j. Drummond); *R. c. Scott*, (1877) 21 L.C.J. 225 (B.R.), 229-230 (j. Ramsay).

[244] *R. c. Feore*, (1877) 3 Q.L.R. 219 (B.R.), 229).

[245] *R. c. Fraser*, (1870) 14 L.C.J. 245 (B.R.), 251 (j. Monk et Drummond, diss.); *R. c. Abrahams*, (1880) 24 L.C.J. 325 (B.R.), 340 (j. Ramsay); voir également *R. c. Leboeuf*, (1866) 9 L.C.J. 197

(B.R.), 198 (j. Meredith); *R. c. Vonhoff*, (1867) 10 L.C.J. 292 (B.R.), 294 (j. Drummond); *R. c. Lacombe*, (1869) 13 L.C.J. 259 (B.R.).

[246] *R. c. Scott*, *précité* note 243 à la page 229.

[247] *Ex parte Blossom*, *précité* note 242 aux pages, 70-71 (j. Meredith).

[248] *Notman c. La Reine*, (1869) 13 L.C.J. 255 (B.R.), 257 (j. Badley).

[249] *R. c. Deery*, *précité* note 235, 133 (le juge en chef) et 135 (j. Taschereau).

[250] *Notman c. La Reine*, *précité* note 248 aux pages 258 (j. Badgley); *R. c. Scott*, *précité* note 243 aux pages 228 (le juge en chef Dorion, diss.) et 228-229 (j. Sanborn, diss.); *In re Eno*, (1884) 10 Q.L.R. 194 (C.S.P.), 219 (j. Caron).

[251] *Scott c. La Reine*, (1878) 2 S.C R. 349; *Abrahams c. La Reine*, (1881) 6 S.C.R. 10; *Brisebois c. La Reine*, (1888) 15 S.C.R. 421, 440 (j. Taschereau) et 442 (j. Gwynne), à propos de *R. c. Feore*, *précité* note 244 à la page 219; *Morin c. La Reine*, *précité* note 239 à la page 407, à propos de *R. c. Lacombe*, (1869) 13 L.C.J. 259 (B.R.).

[252] *Morin c. La Reine*, *précité* note 239 aux pages 407, 427-428 (j. Strong) et 436 (j. Fournier).

[253] *Laliberté c. La Reine*, (1878) 1 R.C.S. 117, 130-131 (le juge en chef Richards).

[254] *Morin c. La Reine*, *précité* note 239 aux pages 407, 447 (j. Taschereau), 456-458 (j. Gwynne) et 471 (j. Patterson).

[255] *In re Eno*, *précité* note 250 aux pages 210 (j. Caron); *R. c. Leblanc* (1885) 8 L.N. 114 (B.R.), 114 (j. Ramsay).

[256] *R. c. Abrahams*, (1880), *précité* note 245 à la page 341 (j. Ramsay); *R. c. Leblanc* (1885) 8 L.N. 114 (B.R.), 114 (j. Ramsay); *In re Sproule*, *précité* note 239 à la page 245 (j. Taschereau); *John c. La Reine*, (1888)15 R.C.S. 384, 387 (j. Strong).

[257] *R. c. Coote*, (1871) L.R. 4 P.C. 599, 605.

[258] *R. c. Creamer*, (1860) 10 D.T.B.C. 404 (B.R.), 406 (le juge en chef Duval), 407 (j. Aylwin) et 407-408 (j. Meredith); *erratum*, p. 450.

[259] *Ramsay c. La Reine*, (1867) 11 L.C.J. 158 (B.R.), 163-164 (j. Badgley); *R. c. Roy*, (1867) 11 L.C.J. 89 (B.R.), 93 (j. Drummond); *R. c. Deery*, *précité* note 235 à la page 133 (le juge en chef Dorion, diss.); *Preeper c. La Reine*, *précité* note 239 aux pages 401, 411 (j. Strong) et 418-419 (j. Gwynne); *Morin c. The Queen précité* note 239 aux pages 407, 442 (j. Fournier).

[260] *R c. Wyllie*, (1880) 3 L.N. 139 (B.R.), 140 (j. Dunkin); *In re Sproule*, *précité* note 239 aux pages 198 (le juge en chef Ritchie) et 247 (j. Taschereau).

[261] *Notman c. La Reine*, *précité* note 248 à la page 259.

[262] *R. c. Leboeuf*, (1866) 9 L.C.J. 245 (B.R.), 247.

[263] *R. c. Bruce*, (1860) 10 L.C.J. 117 (B.R.), 120; *In re Sproule*, *précité* note 239 aux pages 140, 242 (j. Taschereau).

[264] *Kelly c. La Reine*, (1883) 3 D.C.A. 49 (B.R.), 50-51 (le juge en chef Dorion).

[265] *R. c. Lemieux*, (1879) 5 Q.L.R. 261 (C.S.), 262 (j. Routhier).

[266] *Corporation of the City of Montreal c. Doolan*, (1874) 18 L.C.J. 124 (B.R., 1874), 124-126 (j. Badgley), 126-127 (le juge en chef), 127 (j. Caron), 127-128 (j. Drummond) et 128 (j. Monk).

[267] *Ex parte Williams*, (1875) 19 L.C.J. 120 (S.C.); *R. c. Lynch*, (1875) 7 R.L. 553 (B.R.); *R. c. Bissonette*,(1879) 23 L.C.J. 249 (B.R.); *R. c. Berthe*, (1880) 3 L.N. 266 (B.R.); *Kelly c. La Reine*, *précité* note 264.

[268] *R. c. Maher*, (1884) 7 L.N. 82 (B.R.), 83 (j. Ramsay); d'autres privilégient la version anglaise si elle s'avère plus favorable à l'accusé : *Brossoit c. Turcotte*, (1877) 20 L.C.J. 141 (B.R.), 143 (le juge en chef Dorion); voir également *Ex parte Thompson*, (1863) 7 L.C.J. 10 (C.S.) (j. Smith).

[269] *R. c. Doonan*, (1890) 6 M.L.R.Q.B. 186.

[270] *R. c. Smith*, (1879) 2 L.N. 223 (B.R.), 223-224.

[271] *R. c. Scott*, (1884) 4 D.C.A. 50 (B.R.); *contra*: *R. c. Maher*, *précité* note 268.

[272] *R. c. Daoust*, *précité* note 241.

[273] *Laliberté c. La Reine*, *précité* note 253 aux pages 117 et 136.

[274] *R. c. Feore*, *précité* note 244; *R. c. Bain*, (1879) 23 L.C.J. 327 (B.R., 1877).

[275] Taschereau 1875, *précité* note 237, à la page 375.

[276] *Ibid.*, à la page 361.

[277] *Morin c. La Reine*, *précité* note 239.

[278] *Brisebois c. La Reine précité* note 239.

[279] *Morin c. La Reine*, *précité* note 239.

[280] S.C. 1892, c. 29, art. 743.

[281] *Jacobs c. La Reine*, (1889) 16 R.C.S. 433.

[282] *Laliberté c. La Reine*, *précité* note 253 aux pages 117, 131 (le juge en chef Richards), 139 (j. Ritchie), 141 (j. Strong).

[283] Morel, *précité* note 182 à la page 518.

[284] Shortt et Doughty, *précité* note 182 aux pages 426-427 et 521, note 1); cet usage se répand au Québec (voir le titre de l'ouvrage de Crémazie, *précité* note 204); Perrault 1814 *précité* note 213 à la page 365 ; Jacques Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e^ au*

XIX^e siècle, Essai de définition, (Bruxelles: Éditions de l'Institut de sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967).

285 Anonyme, « De la codification des lois du Canada », (1845-46 1 *R. de L. et de J.* 337, 340).

286 Elisabeth Gibbs (éd.) *Debates of the Legislative Assembly of United Canada*, (Montréal: Centre de recherche en histoire économique du Canada français, 1970), vol. IX, partie II, aux pages 1139-1141.

287 *Journaux de l'Assemblée législative de la Province du Canada*, 1851, vol. 10, Ottawa, Imprimés par ordre de l'Assemblée législative, aux pages 127, 249 et 344.

288 Brown, *précité* note 93 à la page 88.

289 Maximillien Bibaud, « Revue critique du Code Badgley », La Minerve, 30 mai 1851.

290 *Ibid.*, 5 juin.

291 *Ibid.*, 18 juin.

292 *Ibid.*, 23 juin.

293 *Ibid.*, 5 juillet.

294 *Ibid.*, 23 juin, 1^er juillet.

295 *Ibid.*, 2 juin.

296 *Ibid.*, 5 juillet.

297 *Ibid.*, 5 juillet.

298 Kadish, *précité* note 105 aux pages 1099 et s.

299 Charles M. Cook., *The American Codification Movement , A Study of Antebllum Legal Reform*, (Westport : Greenwood Press, 1981) ; Shael Herman, « The Fate and Future of Codification in America », (1996) Am.J.Leg.His. 407.

300 Normand, *précité* note 153 à la page 58.

301 Cook *précité* note 299 aux pages 189-198.

302 Seton. W. Gordon, « Codification of the Law », (1883) 3 C.L.T. 139, à la page 141; Anonyme, « Codification », (1887) 10 L.N. 225, 228.

303 Joanie Schwartz, «*The Criminal Code and the English Media in 19^th Century Canada*», mémoire de maîtrise, Université d'Ottawa, 1993.

304 Anonyme, « Codification of the Law of New York », (1858) 4 *U.C.L.J.* 125.

305 Anonyme, « Consolidation and Codification », (1858) 4 *U.C.L.J.* 147.

306 Anonyme, « Consolidation of the Statutes », (1859) 5 *U.C.L.J.* 73, à la page 74.

[307] Anonyme, « The Statute Law. – Consolidation » (1859) 5 *U.C.L.J.* 6; Anonyme, « The Consolidated Statutes » (1859) 5 *U.C.L.J.* 123.

[308] Anonyme, « Consolidation and Codification », (1859) 5 *U.C.L.J.* 56, à la page 57.

[309] Anonyme, « Codification and Consolidation », (1860) 6 *U.C.L.J.* 220.

[310] Desmond H. Brown (éd.), *The Birth of the Canadian Criminal Code, The Evolution of Canada's Justice System*, (Toronto: University of Toronto Press, 1995) à la page 27.

[311] Graham Parker, « The Origins of the Canadian Criminal Code », dans David H. Flaherty (éd.), *Essays in the History of Canadian Law*, (Toronto: Osgoode Society, 1986), à la page 249; Kasirer, *précité* note 216.

[312] Raoul Dandurand et Charles Lanctôt, *Traité théorique et pratique de droit criminel*, (Montréal: Périard, 1890).

[313] Schwartz, *précité* note 303.

[314] Thomas Jean-Jacques Loranger, « De la codification des lois criminelles », (1879) 1 La Thémis 269, à la page 273.

[315] *Ibid.*, à la page 274; Nicholas Kasirer, « Canada's Criminal Law Codification Viewed and Reviewed » (1990) 35 McGill L.J. 841.

[316] Anonyme, « Codes », (1880) 3 L.N. 113.

[317] Anonyme, « Codification », (1882) 5 L.N. 353.

[318] Anonyme, « Codes », (1880) 3 L.N. 169; GORDON, p. 142 - 143; Anonyme, « A Naive Expedient », (1884) 7 L.N. 33; Anonyme, « Codification », (1886) 12 *C.L.T.* 133; Anonyme, s.t., (1890) 13 L.N. 9.

[319] Douglas Armour, « Editorial Reiview, Codification » (1887) 7 C.L.T. 219.

[320] *Ibid.*, à la page 221; Gordon, *précité* note 302 aux pages 141-142.

[321] [Douglas Armour], « The Consolidation of the Statutes » (1884) 4 C.L.T. 432.

[322] Anonyme, s.t., (1890) 26 *C.L.J.* 577.

[323] Anonyme, « Codification », (1886) 22 *C.L.J.* 133; Armour, *précité* note 321 aux pages 432-433; Gordon, *précité* note 302 à la page 143.

[324] Anonyme, s.t., (1890) 13 L.N. 9.

[325] Anonyme, « The Criminal Code », (1893) 29 *C.L.J.* 94, 95; voir également anonyme, « The Canadian Criminal Code », (1892) 15 L.N. 333.

[326] Brown *précité* note 93 p. 120-121.

[327] *Documents de la session, première session du septième Parlement du Canada, Session 1891*, vol.17, n° 66, à la page 41.

[328] *Archives nationales du Canada, RG 13*, vol. 2273-2274; Brown *précité* 310, aux pages 68-255.

[329] *Ibid.*, vol. 2273 (s.p.), L.P. Archambault à J.D. Thompson, 4 avril 1892; « this work was long required and your bill will supply a great want in this country »: vol. 2274 (s.p.), A. Maughe à J.D. Thompson, 4 septembre 1891; « many difficulties which have been brought to my notice in practice have been removed »: vol. 2274 (s.p.), W.E. Rose à J.D. Thompson, 18 mai 1892.

[330] Brown *précité* note 310 aux pages 14 et 18.

[331] Brown *précité* note 310 aux pages 52, 200-201, 204, 206, 234, 237.

[332] *Acte concernant la loi criminelle*, S.C. 1892, c. 29, ci-après *Code criminel*, 1892.

[333] *Code criminel*, 1892, art. 5.

[334] *Ibid.*, art. 7.

[335] Brown *précité* note 310 à la page 200.

[336] Brown *précité* note 310 à la page 451.

[337] Brown *précité* note 93 aux pages 132-133.

[338] "Memorandum as to Mr. Justice Taschereau's open letter on the Criminal Code, 3rd February 1893, *Archives nationales du Canada, R.G. 13*, vol. 2274, à la page 10.

[339] *Acte sur la preuve au Canada*, S.C. 1893, c. 31; Desmond H. Brown, « Be Sworn and Give Evidence: The Evolution of the Competent Witness in the Context of the Canada Evidence Act », (1994) 22 Man. L.J. 360.

[340] *Criminal Evidence Bill*, 1898 (Angl.), 61-62 Vict., c. 36; Brown, *précité* note 339 aux pages 363-365.

[341] Brown *précité* note 310 à la page 274.

[342] Brown *précité* note 93 à la page 139.

[343] *Bureaucracy gone mad;* Brown *précité* note 310 à la page 322.

[344] *Ibid.*, aux pages 318-326 et 398; *Code criminel*, 1982, art. 3 (q).

[345] Brown *précité* note 310 aux pages 272-273.

[346] *Ibid.*, aux pages 379-389.

[347] *Code criminel*, 1892, art. 664 et 665; sur la situation au Manitoba, voir la lettre du juge Joseph Dubuc, Brown *précité* note 310 à la page 164.

[348] *Ibid.*, à la page 378.

[349] *Ibid.*, aux pages 258-262.

[350] Brown *précité* note 310 aux pages 288-289.

[351] *Ibid.*, aux pages 308-317.

[352] *Boucher c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 265.

[353] Brown *précité* note 310 aux pages 352-353.

[354] *Ibid.*, à la page 405.

[355] *Ibid.*, aux pages 407-408; voir également pages 64 et 67.

[356] *Ibid.*, à la page 422.

[357] *Ibid.*, à la page 431.

[358] *Ibid.*, aux pages 410-413 et 432-434.

[359] *Ibid.*, aux pages 417, 427, 439, 443, 450, 464.

[360] *Ibid.*, à la page 464.

[361] *Ibid.*, aux pages 400 et 465-469; *Code criminel*, 1892, art. 205; R.C. McLeod, « The Shaping of Canadian Criminal Law, 1892 to 1902 » [1978] Communications Historiques 72; *Association St-Jean-Baptiste de Montréal c. Brault*, (1901) 30 R.C.S. 598.

[362] Brown *précité* note 310 aux pages 296-300, 401-403.

[363] Brown *précité* note 93 aux pages 145 et 224, note 114; Scwartz, *précité* note 303.

[364] Henri-Elzéar Taschereau, « The Canadian Criminal Code », (1893) 16 L.N. 36.

[365] *Ibid.*, à la page 38.

[366] *Ibid.*, à la page 45.

[367] Brown, *précité* note 310, à la page 250.

[368] Texte *précité* note 338, à la page 1.

[369] *Ibid.*, aux pages 3-4 et 9.

[370] *Ibid.*, à la page 4.

[371] *Ibid.*, à la page 7.

[372] *Ibid.*, aux pages 4 et 8.

[373] *Ibid.*, à la page 15.

[374] *Ibid.*, à la page 26.

[375] voir par exemple les affaires portant sur le crime de *champerty* ou de *maintenance*, *Méloche c. Déguire*, (1903) 34 R.C.S. 24; *R. c. Goodman*, [1939] R.C.S. 446; Elizabeth Bennett, «Common

Law Inroads into the Criminal Code» dans Josiah Wood et Richard C. Peck (éd.), *100 years of the Criminal Code in Canada*, (Ottawa: Canadian Bar Association, 1993) aux pages 99-103.

[376] *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517.

[377] Art. 8 (3) C.cr., qui reprend l'article 7 du code de 1892.

[378] *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

[379] *R. c. Jobidon* ([1991] 2 R.C.S. 714.

[380] *Ibid.*, aux pages 735-739.

[381] *Ibid.*, aux pages 742-745.

[382] *Ibid.*, aux pages 774-774; Bennett *précité* note 375 aux pages 105-110.

[383] *Banque de Montréal c. NG*, [1989] 2 R.C.S. 429, 442-445; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, 560.

[384] Voir par exemple *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 678-679.

[385] *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, 739, 744-745 et 765.

[386] *R. c. Brodie*, [1936] R.C.S. 188, 199-200; *R. c. Natarelli*, [1967] R.C.S. 539; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 666; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 31-33 et 39-44.

[387] *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, 930-931.

[388] André Jodouin, « La Charte canadienne et la nouvelle légalité » dans Gérald A. Beaudouin et Errol P. Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd, (Montréal: Wilson et Lafleur, 1996) à la page 786.

[389] Sur le rôle du droit international, voir *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701

[390] *United Nurses of Alberta, précité* note 387, à la page 933.

[391] *Ibid.*, aux pages 933-934.

[392] Fernando Acosta, «Récit de voyage à l'intérieur du *Code criminel* de 1892, où entres autres mention est faite des peines auxquelles ses transgresseurs s'exposent», (1995) 28 Criminologie 81.

[393] André Cellard et Gérald Pelletier, « Le Code criminel canadien 1892-1927: Étude des acteurs sociaux », (1998) Canadian Historical Review 261.

[394] *Ibid.*, aux pages 266 et 301.

[395] Commission de Réforme du Droit du Canada, *Pour une nouvelle codification de la procédure pénale*, Rapport no. 31, (Ottawa: La Commission, 1987); Commission de Réforme du Droit du Canada, *Pour une nouvelle codification de la procédure pénale*, Rapport no. 33, (Ottawa: La Commission, 1991).

[396] Gilles Létourneau, « Le Code criminel et la faillite du pouvoir législatif canadien », Wood et Peck, *précité* note 375, à la page 67; Allen Linden, « After a Century, Canada Needs a New Criminal Code », dans Wood et Peck, *précité* note 375.

[397] Stanley A. Cohen, « Law Reform, the Charter and the Future of the Criminal Law », dans Jamie Cameron (éd.) *The Charter's Impact on the Criminal Justice System*, (Scarborough: Carswell, 1996), à la page 345; Gerry Ferguson, « From Jeremy Bentham to Anne McLellan: Lesson on Criminal Law Codification » dans Don Stuart, R.J. Delisle, et Allan Manson (éd.), *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum*, (Scarborough: Carswell, 1999); Jodouin, *précité* note 388; Don Stuart, « A Case for A General Part » dans Stuart, Delisle et Manson, à la page 95.

[398] Commission de Réforme du Droit du Canada, Problematique d'une codification du droit pénal canadien, (Ottawa: La Commission, 1976), aux pages 16-22.

[399] Lucinda Vandervort, « To Codify or Not to Codify the Principles of Criminal Responsibility: A Question of Fundamental Justice and Equality », in Stuart, Delisle et Manson, *précité* note 397, à la page 231; mais voir Christine Boyle, « Commentary », dans Stuart, Delisle et Manson, *précité* note 397, à la page 146.

[400] Kasirer, *précité* note 315 à la page 871; Dennis R. Klinck, « The Language of Codification », (1989) 14 Queen's L.J., à la page 33.

[401] *Supra*, partie I. C. 1

[402] *Supra*, II B. 2

[403] *Supra*, I. C. 2

[404] Kasirer, note 315, à la page 871.

[405] Mais voir Eric Colvin « Criminal Law and the Rule of Law », dans Fitzgerald (éd.) *précité* note 149, aux pages 142-143.

[406] Klinck, *précité* note 400 aux pages 50-58 ; mais voir également Ronald J. Delisle « Summary of Proceedings: General Philosophies of Criminal Law and Codification », (1989) 14 Queen's L.J., à la page 31

[407] Commission *précité* note 398; Colvin, *précité* note 405 aux pages 144-145.

[408] Kadish, *précité* note 105 aux pages 1138-1144; Herbert Weschler, « Revision and Codification of Penal Law in the United States », (1983) 7 Dal. L.J. 219.

[409] *R. c. Popovic*, [1976] 2 R.C.S. 308, 314-315.

[410] *Hansard's Parliamentary Debates*, 3rd series, London, 1879, May 5th 1879, col. 1770.

Les parties principales face à la compartimentation : Réexamen du droit relatif à la discrimination*

Denise G. Réaume
Faculté de droit
Université de Toronto

I. **Introduction** 220

II. **Deux modèles d'élaboration du droit** 221

III. **Compartimentation de la discrimination** 229

IV. **Contextes et motifs : l'apothéose de la compartimentation** 231

V. **Répercussions de la compartimentation des motifs illicites sur l'interprétation** 233

A. Insertion de chevilles carrées dans des trous ronds 233
B. Réexamen des chevauchements entre les diverses catégories 234

VI. **Que doit-on considérer comme une discrimination? - Élaboration d'une norme définissant la faute en matière de discrimination** 238

VII. **Conclusion** 244

Notes de fin de document 245

I. Introduction

La common law n'a jamais élaboré de cause d'action à propos de la discrimination. Cette question a plutôt été traitée par les assemblées législatives qui, au départ, l'ont simplement interdite par une forme de réglementation quasi-criminelle avant de créer un recours civil[1]. Lorsque la question du recours en common law a de nouveau été soulevée en 1980 dans la cause *Bhadauria*[2], la Cour suprême a statué que la législation sur les droits de la personne avait occupé le terrain et empêchait l'élaboration de principes fondés sur la common law dans le domaine de la discrimination. La création d'un droit en vertu de la common law ne ferait que reproduire exactement le mécanisme mis en place par l'assemblée législative. Le débat sur la sagesse de la décision prise dans la cause *Bhadauria* a en grande partie porté sur l'importance des avantages marginaux qu'apporterait un mécanisme de recours supplémentaire. Selon certains, la common law donne au demandeur ou à la demanderesse une meilleure emprise sur le litige et ses principes concernant les dommages-intérêts entre autres sont peut-être plus généreux. Même si ce débat est important et s'enflammera probablement de nouveau en raison de l'accumulation des retards qui constituent un fléau pour le règlement des conflits touchant les droits de la personne, le présent document ne cherche pas à déterminer s'il devrait exister une cause d'action relative à la discrimination en common law, mais si notre conception de la discrimination en tant que phénomène légalement reconnu aurait avantage à s'inspirer des méthodes de la common law.

Je commencerai par distinguer deux méthodes opposées pour la conception et la mise en place, à long terme, de normes juridiques : d'une part, le modèle descendant utilisé dans le code pour établir une théorie globale sur les normes qui réglementent l'interaction humaine et, d'autre part, le modèle ascendant consistant en une analyse cas par cas en vue d'élaborer, à partir de l'expérience concrète, un ensemble de principes qui expliquent et justifient les décisions individuelles. Selon moi, chaque modèle a sa place, mais le second convient peut-être mieux à la création et à la modification des normes dans le secteur du droit relatif à la discrimination. Le refus de toute responsabilité par les tribunaux de common law, — les principaux maîtres dans l'art de créer le droit selon un modèle ascendant —, a amené les assemblées législatives à intervenir selon le modèle descendant qui les caractérise. Malheureusement, les efforts déployés pour établir des codes complets des droits de la personne ne se sont pas appuyés sur la théorie globale dont ils auraient eu besoin pour les soutenir. Faute d'un tel appui, les règles qui en ont résulté ressemblent un peu à des compartiments arbitraires auxquels les demandeurs doivent adapter leur situation réelle sous peine de voir leur requête échouer.

Le présent document a pour objet de démontrer la compartimentation propre aux codes actuels et d'examiner trois questions qui révèlent l'effet préjudiciable de cette stratégie d'élaboration du droit. Les deux premières questions traitent de la difficulté de cerner les caractéristiques protégées par le droit à titre de « motifs de distinction illicit», tandis que la troisième réexamine un aspect central du concept de discrimination, à savoir si celle-ci se limite au traitement différentiel motivé par un préjugé ou si elle inclut les répercussions défavorables sur des groupes et des personnes vulnérables. Je

tenterai donc tout au long du document de montrer comment le droit relatif à la discrimination pourrait se développer différemment si nous adoptions une démarche voisine de celle de la common law pour la création de normes appelées à évoluer avec le contexte. Dans ce domaine, il ne peut être question que de premiers pas puisque la méthode suivie par la common law est gradualiste, les théories complètes sur la responsabilité ne s'établissant que graduellement à la suite de l'étude approfondie de nombreux cas par de nombreux esprits. Il n'est pas facile de décrire avec précision ce que serait la situation actuelle si ce processus avait été mis en place au cours des 35 dernières années.

Le présent document n'a pas pour objet de lancer un débat en vue de déterminer si, dans le domaine de la discrimination, les décisions devraient continuer à relever des tribunaux administratifs ou être à nouveau confiées aux cours de common law. Les deux options se défendent. Ma principale préoccupation est la manière dont nous voyons la discrimination en tant que problème juridique, quelle que soit l'institution chargée de formuler et d'appliquer les règles dans ce domaine. La présente argumentation sur la meilleure marche à suivre pour établir des normes porte sur les règles de fond qui définissent les droits et les responsabilités appelés à réglementer directement les relations humaines dans ce domaine, et non sur les règles qui régissent les autres fonctions plus administratives des commissions des droits de la personne.

II. Deux modèles d'élaboration du droit

Les deux approches dont il est question ici pour la création et l'interprétation des normes sont les deux extrémités d'un continuum qui, dans la vie réelle, se rejoignent. Il vaut la peine de définir clairement ces deux modèles opposés pour expliquer l'attitude envers l'élaboration du droit qui les sous-tend. Ni l'un ni l'autre n'est entièrement bon ni entièrement mauvais, mais l'emploi de l'un ou de l'autre convient parfois mieux à certains problèmes juridiques. Le droit est constitué de « normes de conduite générales » plutôt que « d'orientations particulières données à chaque individu séparément »[3]. Même si les deux modèles concernent la création de normes de conduite générales, celles-ci peuvent être rédigées de façon plus ou moins abstraite ou plus ou moins générale. C'est d'ailleurs la conception différente de l'interaction entre l'abstraction et la spécificité qui distingue les deux modèles en question. Le premier modèle, descendant, est associé à l'approche législative de la création de normes, tandis que le deuxième est ascendant et reproduit la démarche de la common law. Au départ, la présente analyse sépare la méthode abstraite et le caractère de l'institution qui l'utilise; je reviendrai plus loin aux questions soulevées par l'adoption des modèles par une institution particulière. Le modèle descendant repose sur l'école de pensée de Bentham, alors que le modèle ascendant s'inspire de la tradition blackstonienne[4]. Même si je rapproche ces deux modèles des deux grandes écoles de pensée, je n'ai pas l'intention de reprendre le vaste débat qui les concerne. Aux fins de la présente étude, je me tiens à l'écart du débat théorique plus profond qui vise à déterminer dans quelle mesure ces deux écoles illustrent des théories opposées sur ce qui compte dans le domaine du droit et sur ce qui explique l'autorité des règles juridiques. De la même façon, je n'ai pas l'intention

d'examiner si les normes issues de chacun de ces processus méritent vraiment d'être appelées des « règles »[5]. Mon but est d'isoler la méthode de création de normes associée à chaque tradition afin d'examiner l'utilité de chacune dans le contexte du droit relatif à la discrimination. Chaque modèle, fortement idéalisé à mesure qu'il est présenté, produit son propre style de jugement qui découle de sa conception de la création de normes.

Sous sa forme idéale, le modèle descendant conçoit l'élaboration du droit comme l'établissement d'un ensemble complet de règles détaillées et précises, fondé sur une théorie morale solide et traitant de façon exhaustive chaque situation à réglementer. Son ambition est de déterminer à l'avance, d'une façon qui fait autorité, la légitimité de tout comportement. La première étape du processus consiste à décider quelle est la théorie morale ou la structure de valeurs à adopter. Doit-on soumettre toutes les questions à un calcul utilitaire ou refuser d'échanger le bien-être d'une personne contre celui des autres? Que doit-on considérer comme plus important, l'autonomie ou la vertu? Considérons-nous la moralité comme moniste ou pluraliste? Ces questions et de nombreuses autres nous permettent ensuite d'adopter des règles plus spécifiques pour traiter diverses questions comme la perception des recettes publiques, les accidents d'automobile, le clonage humain, le comportement monopolistique, etc. Comme le souligne Hart, pour pouvoir fonctionner, un tel modèle demande de déterminer avec exactitude les buts ou les valeurs, de même que les faits : « Si le monde dans lequel nous vivons était caractérisé par un nombre limité d'éléments et si ceux-ci ainsi que toutes les manières dont ils peuvent se combiner nous étaient connus, nous pourrions prendre à l'avance des dispositions pour faire face à chacune des possibilités »[6]. Combinée à une théorie complète et déterminée sur les principes qui régissent les relations humaines, la détermination des faits nous permettrait en principe de mettre au point des réponses normatives détaillées à toutes les situations possibles et de décider à l'avance de la formulation de chacune des réponses. Dans un tel contexte, l'élaboration du droit se ferait en une seule fois. Toutes les lois pourraient être énoncées dans un seul document faisant autorité; il n'existerait pas de vides et aucune modification ne serait jamais nécessaire.

Selon ce modèle, même si le processus d'élaboration du droit peut s'appuyer sur de grands principes de moralité, la tâche du législateur consiste finalement à formuler un ensemble précis de règles destinées à réglementer le comportement et à décrire les conséquences du non-respect de la loi. La tâche du juge est complémentaire et consiste à appliquer les règles à la lettre. L'image conventionnelle du législateur est celle du rédacteur d'un code complet de lois définissant tous les comportements illégaux et tous les écarts de conduite, le juge ayant pour rôle de trier les situations concrètes afin de déterminer celles qui sont visées par les dispositions établies.

À l'autre extrémité du continuum se trouve ce qu'on pourrait le mieux décrire comme un modèle ascendant de création de normes. Selon ce modèle, même si nous pouvons, à un niveau assez abstrait, être d'accord avec certaines valeurs ou certains principes et y être profondément attachés, nous ne pouvons pas prévoir toutes les situations auxquelles ils peuvent être mêlés, ni tracer un aperçu exhaustif de leurs conséquences concrètes[7]. Par exemple, nous voulons un système juridique juste et fondé sur les principes de liberté et d'égalité, mais ces concepts possèdent de multiples

facettes et leur sens véritable est contesté, voire même inconnu si nous voulons bien être modestes. Il vaut donc mieux ne pas essayer de construire dès le départ une théorie complète débouchant sur un réseau précis de règles, mais plutôt laisser les effets des principes abstraits se révéler progressivement à la lumière des situations concrètes étudiées cas par cas.

Idéalement, le processus commence par l'application du principe abstrait à des cas paradigmatiques qui font à la fois l'objet d'un consensus très large et d'une ferme conviction à propos de l'issue à leur donner. Une fois qu'on a expliqué pourquoi ces cas particuliers méritent la protection de la loi, la prise de décision à leur sujet produit normalement des règles relativement précises sur leurs caractéristiques habituelles. L'examen d'un éventail de cas paradigmatiques apparus au cours des années permet normalement de reformuler le principe abstrait ou la valeur abstraite et d'en définir le profil avec un peu plus de précision. Cette reformulation peut aussi inclure des cas qui n'ont pas été prévus, ou s'ils l'ont été, qui n'ont pas été jugés pertinents au début du processus. Elle peut aussi amener à exclure certains cas considérés au départ comme liés au principe. Autrement dit, la reformulation permet de mieux définir le principe abstrait d'origine en étendant ou en restreignant les jugements initiaux sur son application. Cet exercice fait évoluer notre réflexion et l'amène à accepter des situations fortement analogues; chaque analogie sert à vérifier l'étendue du principe défini antérieurement. La décision concernant le bien-fondé d'inclure une situation analogue dans le principe contribue encore à délimiter l'étendue de celui-ci. L'expérience acquise à force de traiter des situations analogues permet de formuler des règles (révisées) qui tiennent compte des types de cas traités jusqu'à présent. Ce processus se poursuit indéfiniment; il consiste à faire le point sur le chemin que l'extension par analogie nous a fait parcourir, puis à reformuler le principe avant de recommencer à évaluer d'autres analogies à mesure que de nouveaux conflits se présentent aux fins de règlement. Dans le cadre de ce modèle, la création de normes est un processus continu : chaque cas peut être une occasion d'étendre le principe par analogie ou de le reformuler. La simple application de la règle ne se distingue donc pas facilement de sa modification ou de son adaptation pour répondre à l'évolution des besoins ou de la compréhension du problème en question.

Contrastant avec celle de son collègue Lord Buckmaster, l'approche de Lord Atkin dans la cause type de négligence *Donoghue c. Stephenson*[8] illustre cette démarche dynamique de création de normes dans le contexte de la common law. Chargé de déterminer si une consommatrice pouvait être indemnisée directement par le fabricant pour cause de négligence même si elle n'avait pas acheté le produit directement chez lui, Lord Buckmaster, dans une opinion dissidente, soutient que, comme par le passé aucun cas similaire n'a permis à un consommateur d'être indemnisé, le tribunal doit rejeter la demande. Il traite les causes passées comme des compartiments rigides dans lesquels toute nouvelle situation doit entrer pour pouvoir réussir. Lord Atkin, lui, voit dans les cas antérieurs où des demandeurs ont obtenu gain de cause des exemples d'une « certaine conception générale des relations donnant lieu à un devoir de diligence »[9]. Selon lui, il doit exister un « élément commun »[10] aux cas antérieurs et il appartient au juge de définir cet élément commun pour produire un principe général qui relie la jurisprudence et qui guide la prise de décision dans de nouveaux cas[11].

La possibilité qu'offre l'approche de Lord Atkin d'interpréter de façon plus large la règle juridique dépend bien sûr de la formulation large ou étroite du principe général retenu pour expliquer les cas déjà réglés. Si on pouvait façonner un principe général qui s'applique uniquement à tous les précédents existants, le résultat pour un cas donné serait exactement le même que celui auquel aboutirait un juge à la recherche d'un compartiment. Si, par ailleurs, un juge passe à un niveau supérieur d'abstraction pour façonner le principe pertinent, la norme qui en résulte peut non seulement exclure certains des résultats établis dans des cas antérieurs, mais aussi s'étendre au-delà de la jurisprudence existante et reconnaître comme prévus par le droit de nouveaux types de situations et pas seulement des variantes des thèmes préexistants. Cette approche reconnaît que le droit doit s'ajuster aux nouveaux contextes sociaux et à l'évolution des mœurs et s'élargir au cours des années. Comme il est habituellement possible de proposer plus d'un principe général pour rationaliser un secteur du droit, le point de controverse dans une telle approche consiste à déterminer si un jugement va au-delà de ce qui est légitime. Plus le principe proposé est abstrait, plus il laisse de place à l'évolution ou à la modification du droit, mais plus la création de la norme devient aventureuse. Dans le cas extrême où un juge invoquerait comme principe général que les « gens doivent être bons » pour expliquer la jurisprudence dans un secteur donné, il s'accorderait et accorderait aux juges à venir la discrétion d'étendre le droit aussi loin que la conception plausible du terme « bon » le permet. Il n'existe plus de limites et cela fait ressortir le dilemme latent concernant la légitimité dans la méthode ascendante. L'adaptation au changement permet au droit de conserver sa souplesse; pourtant, plus la nouvelle formulation d'un principe ancien est créative, plus elle risque de soulever des questions sur la nature du décideur qui l'effectue.

La tradition blackstonienne a toujours reconnu la possibilité d'abus inhérente à l'obligation de rechercher l'élément commun qui sous-tend les cas existants. D'une manière typiquement blackstonienne, Lord Atkin a établi dans sa méthode des limites pour restreindre le principe énoncé. Il reconnaît que « plus la définition [d'un principe sous-jacent] est générale, plus elle risque d'omettre des points essentiels ou d'introduire des éléments non essentiels »[12]. Il soutient donc que les juges ne doivent pas énoncer un principe de façon plus large que nécessaire pour régler le cas à l'étude. De toute façon, tout principe général proposé pour expliquer l'issue d'un nouveau cas doit d'abord être considéré comme provisoire; puis, à mesure que de nouvelles situations se présentent aux tribunaux, les juges peuvent avoir de bonnes raisons de l'étendre ou de le restreindre à la lumière des considérations révélées par les nouveaux scénarios. Cette façon de procéder comprend donc une dialectique entre les aspects concrets des cas à régler et l'effort de définir un principe plus abstrait qui rend compte de tous les cas réglés jusqu'ici. Le principe général peut transcender les cas particuliers à partir desquels il a été établi, mais il ne doit pas, en une seule fois, trop se distancer du passé car il s'expose à être révisé en fonction de l'expérience acquise au contact des cas concrets futurs. La meilleure façon de saisir l'essentiel de cette approche est peut-être d'imaginer la réponse de Lord Atkin à l'objection de Lord Buckmaster affirmant que, si l'extension de la responsabilité du fabricant à l'égard du consommateur est acceptée pour un cas, « pourquoi pas pour cinquante? ». J'imagine que Lord Atkin a dû répondre : « Même si je peux justifier l'extension du droit dans le cas présent, je ne peux pas actuellement prévoir tous les facteurs qui pourront être pertinents au moment où on décidera si la cinquantième extension est légitime. Nous devons traiter les cas un par un

et attendre de voir ce que sera la société quand on atteindra le numéro cinquante. Si à cette étape, la cinquantième extension paraît sensée, la question n'est pas de savoir si elle paraît bizarre maintenant. »

En définitive, l'approche ascendante conduit l'analyse juridique à formuler une théorie de la responsabilité pour chaque secteur du droit, c'est-à-dire à énoncer des motifs pour justifier l'imposition d'une responsabilité. Cette théorie est élaborée à partir de jugements motivés concernant des cas particuliers et elle seule peut soutenir la recherche de principes généraux pour expliquer la jurisprudence existante[13]. Par exemple, en matière de droit de la négligence, la théorie qui sous-tend le principe du prochain vu par Lord Atkin comme le principe explicatif du devoir de diligence peut faire référence aux intérêts humains assez importants pour mériter la protection de la loi, à certaines valeurs énoncées par une autorité morale et aux motifs qui justifient leur prise en considération par le droit, ou à un exposé de faute comme le suggère Lord Atkin lui-même. Même si les juges tentent rarement de définir cette théorie de façon détaillée, leurs jugements se fondent habituellement sur des intuitions qui peuvent être insérées dans un cadre théorique. Le processus doit être vu comme fondamentalement ouvert afin d'éviter que nous soyons trop convaincus d'avoir trouvé la théorie qui règle toutes les questions une fois pour toutes. L'effort périodique de formuler un raisonnement dépassant les cas particuliers existants constitue une étape essentielle dans l'élaboration du droit. À l'opposé, le modèle descendant part d'une théorie générale dont il déduit, pour des cas concrets, des règles précises qui guident et limitent le règlement des conflits. L'élaboration de la théorie incombe la plupart du temps au législateur. Si celui-ci accomplit convenablement sa tâche qui lui demande de créer une théorie morale globale et de rédiger les règles spécifiques nécessaires pour faire face à toutes les situations possibles, les juges n'ont guère besoin de s'occuper des grands principes moraux qui sous-tendent les règles.

Comme on le voit, le modèle ascendant combine les fonctions législative et juridictionnelle d'un système juridique. Le processus de règlement des conflits individuels sert aussi à élaborer ou à modifier les normes afin d'englober les nouvelles situations ou de tenir compte des nouvelles conditions. Le modèle descendant, lui, a davantage tendance à séparer ces deux fonctions. À une époque de démocratie, il est naturel de s'attendre à ce qu'un organisme démocratiquement représentatif soit chargé d'établir les normes. Dans ce contexte, la fonction des juges est modeste, puisqu'elle se limite à régler les conflits factuels et à décider si un ensemble de faits donnés entre dans les règles établies. Toute activité plus ambitieuse des juges peut être considérée comme une usurpation du processus démocratique.

On idéalise le modèle descendant parce qu'il pose comme principe que le législateur est en mesure de formuler une théorie morale globale et de prévoir toutes les situations possibles avant de rédiger des règles précises pour y faire face. Une version plus réaliste reconnaît toutefois qu'il est impossible de cerner totalement les questions, c'est-à-dire de prévoir avec précision tous les situations futures de même que les jugements de valeur qu'il faudra établir lorsqu'elles se présenteront. Dans ce contexte, le législateur peut toujours s'efforcer de définir un système de valeurs global et de rédiger un ensemble de règles précises fondées sur ce système, mais le cadre ainsi créé s'appuie sur ce qu'on sait et sur ce qu'on pense au moment de la rédaction de la

loi. À mesure que de nouvelles situations se présentent ou qu'on change d'avis sur les normes à retenir, des lacunes apparaissent dans la structure. On peut peut-être combler les petites lacunes en interprétant les règles établies, mais plus la rédaction des règles est précise, plus la marge de manœuvre pour les interpréter est réduite. Il importe par conséquent de réviser le cadre de temps à autre, à mesure que l'on comprend mieux le monde et les normes à formuler pour y faire face.

Le processus de révision répète essentiellement le processus initial, c'est-à-dire qu'il définit les valeurs appelées à prévaloir et établit des règles précises à partir de ces valeurs. Ce même processus doit, s'il y a lieu, être répété au cours des années. La lourdeur de cette tâche pour le législateur dépend de la gravité que nous attribuons aux imprécisions qui nous tracassent. Si nos valeurs et nos objectifs sont clairs et si l'éventail des situations qui s'y rapportent risque peu de changer au cours des ans, les chances de produire un cadre établissant des règles claires, précises et durables sont bonnes. Si toutefois, nous cherchons à réglementer les questions obscures, une révision fréquente s'impose. Lorsque les fonctions législative et juridictionnelle sont séparées, les inquiétudes concernant la légitimité des décisions limitent la créativité des juges. Encore une fois, les principes démocratiques poussent à confier à un organisme démocratiquement représentatif la tâche d'apporter les modifications requises, abstraction faite des interprétations mineures. Le rôle modeste des juges consiste alors à appliquer les règles, même s'il peut parfois s'étendre à déterminer les situations qui exigent une réévaluation des règles; la réévaluation proprement dite est ensuite confiée à l'assemblée législative.

Cette reconnaissance de l'imprécision fait ressortir un piège inhérent au modèle descendant. Pour que ce modèle fonctionne de façon idéale, le législateur doit avoir élaboré une théorie générale pour soutenir les règles, même si celles-ci sont habituellement seules à figurer dans la loi. Si le projet de rédiger un ensemble de règles précises a lieu dans des circonstances où le législateur ne peut ni s'appuyer sur une théorie morale détaillée ni prévoir les situations qui risquent de se présenter à l'avenir et d'exiger une réglementation, les règles formulées manquent de fondement moral et sont gravement incomplètes. Malgré tout, leur précision empêche les juges de combler les lacunes qui apparaîtront inévitablement en cours de route. Les règles inscrites dans la loi sont alors de simples compartiments, des listes de choses à faire et à ne pas faire, non enracinées dans une théorie durable sur l'interaction humaine. Si le processus de modification des règles est simple, la nécessité de les réviser de façon continue ne représente pas nécessairement un fardeau considérable. Si toutefois le processus de révision est lourd et, pour cette raison, peu fréquent, les compartiments existants risquent de paraître de plus en plus arbitraires aux personnes écartées ou laissées pour compte injustement. Si la principale faiblesse de la méthode ascendante est d'être exposée à une contestation de sa légitimité quand un concepteur de principes trop ardent devient trop audacieux, le point faible du modèle descendant est sa rigidité quand il doit faire face à des situations imprévues.

En résumé, sous leur forme idéale, les deux modèles comprennent à la fois une théorie morale générale qui régit l'interaction entre les humains et des règles assez précises qui réglementent les actions concrètes. Le modèle descendant part de la théorie et en déduit des règles concrètes, alors que le modèle ascendant part de cas

paradigmatiques et se fonde sur les motifs qui ont servi à les régler pour établir des principes généraux intermédiaires, puis une théorie générale qui demeure provisoire. L'existence d'un lien avec la théorie générale constitue l'élément vital des règles concrètes. Si le lien est rompu, l'application de la règle devient une pure compartimentation. Chaque modèle doit trouver sa propre réponse au principal dilemme que présente l'élaboration du droit, à savoir la nécessité de combiner la souplesse et la responsabilité politique.

Dans notre tradition juridique, ces deux modèles sont associés respectivement aux assemblées législatives et aux cours de common law, mais il n'existe pas de lien intrinsèque entre eux et les institutions parlementaires ou les cours de common law. Chaque institution peut utiliser l'un ou l'autre des modèles. Aux premières étapes de l'élaboration d'une doctrine, les cours de common law doivent suivre un processus qui ressemble un peu à celui que je nomme le « modèle ascendant ». Les limites institutionnelles imposées aux organismes juridictionnels sont bien connues et largement analysées. Ces organismes ne possèdent pas les ressources nécessaires et les données concernant les cas individuels ne leur permettent guère d'élaborer à partir de rien une théorie globale pour réglementer un domaine particulier. Mais une fois qu'un secteur de la doctrine a été bien étudié, de plus vastes théories se dégagent et la prise de décision dans des cas particuliers ressemble davantage à l'application d'un ensemble général de principes à des situations individuelles.

Il existe cependant une version viciée du modèle ascendant qui reproduit la rigidité à laquelle le modèle descendant est fortement enclin. Comme je l'ai précisé précédemment, le modèle ascendant exige que les juges assument la responsabilité d'évoluer progressivement vers une justification plus précise de la doctrine juridique, tout en continuant à mettre les nouvelles théories à l'essai dans de nouveaux cas concrets pour vérifier comment le public réagit à leurs conséquences. Si les juges n'acceptent pas de relever pleinement ce défi, le modèle dit « ascendant » n'en est pas un : la prise de décision demeure embourbée dans les circonstances des cas particuliers et les tribunaux s'en tiennent étroitement à la jurisprudence existante; il ne s'agit plus que d'un exercice de compartimentation auto-imposé. À différentes époques, la common law a connu cette approche aride qui continue à attirer certains juges, comme l'illustre très explicitement l'opinion dissidente de Lord Buckmaster[14] dans la cause *Donoghue c. Stephenson*. Tout en concédant que les principes de la common law « peuvent être appliqués de façon à répondre à de nouvelles situations non envisagées au moment de l'élaboration du droit », Lord Buckmaster a soutenu que « ces principes ne peuvent pas être modifiés et qu'on ne peut rien leur ajouter parce que tout cas fondé sur un motif valable semble hors de leur domaine »[15]. Dans le contexte de la responsabilité du fabricant à l'égard d'objets viciés, cela revient à dire qu'il est illégitime de restreindre ou de nuancer la règle générale — laquelle exclut la responsabilité de personnes autres que les parties au contrat de vente —, même si on a reconnu que le cas des marchandises dangereuses en soi constitue une exception à cette règle et que cette exception peut s'appliquer à toute nouvelle sorte de produit dangereux qui n'existait pas au moment où l'exception a été reconnue pour la première fois. Cela revient à traiter non seulement le nombre, mais la taille des compartiments établis.

De même, rien ne garantit que toutes les lois seront le produit d'une théorie morale globale convertie en un système de règles précis et exact. Au lieu de cela, le législateur peut amorcer le processus d'élaboration du droit en imitant la démarche ascendante, c'est-à-dire en ayant tout au plus une conception vague des valeurs en jeu et une forte conviction de la manière dont elles s'appliquent à une poignée de situations concrètes. Si, dans une telle situation, le législateur établit des règles axées uniquement sur les cas simples prévus, la conception conventionnelle de la division du travail entre les législateurs et les juges produira un ensemble de compartiments qui se rapprocheront fortement de la thèse de Lord Buckmaster. Une telle loi — ou plus exactement les personnes qui seront soumises à sa réglementation — seront minées par sa rigidité. Pour éviter que cela arrive, il importe de traiter en priorité et rapidement les réformes législatives nécessaires à mesure que le besoin s'en fait sentir, ou de rédiger les normes de manière à conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire de les préciser si, à l'origine, elle ont été insuffisamment définies par l'assemblée législative. Il arrivera souvent que la première stratégie ne soit pas réalisable; la seconde, elle, pose les questions de légitimité que soulève toujours l'élaboration du droit par des juges.

Tout système juridique complexe risque d'employer les deux méthodes abstraites d'élaboration du droit. La méthode utilisée dans un secteur donné doit dépendre de l'idée qu'on se fait de la nature du phénomène à réglementer. Si la question concernée implique des objectifs clairs, relativement déterminés et si la situation dans laquelle elle se pose est stable, il est possible de se montrer plus précis. Toutefois, cette précision n'est ni possible ni souhaitable dans de nombreux secteurs du droit. L'utilisation du modèle descendant dans des circonstances auxquelles il convient mal risque d'amener, selon la mise en garde de Hart, à « régler à l'avance, mais aussi à l'aveuglette, des questions qui ne peuvent être raisonnablement réglées que lorsqu'elles se présentent et sont définies »[16]. En cas d'incertitude importante à propos de la valeur et des faits, le mieux est peut-être d'attendre que la méthode ascendante règle ces questions progressivement. Le contraste entre ces deux philosophies de la création de normes est bien connu et je ne tiens pas du tout à m'en attribuer l'originalité. Mais il peut être utile d'examiner à la lumière de ce contraste l'élaboration progressive de la législation sur les droits de la personne[17] et la forme habituelle des codes actuellement en vigueur. Selon moi, l'élaboration du droit relatif à la discrimination a plus été caractérisée par la compartimentation que par la recherche d'une théorie générale précisant ce qu'est la discrimination et pourquoi elle est injuste.

Est-il possible de définir la discrimination d'une façon nettement tranchée après avoir prévu tous les scénarios possibles et déterminé ceux qui doivent être réglementés? Ou bien la discrimination est-elle liée à un problème d'interaction humaine fluide qui se manifeste toujours sous de nouvelles formes et ne permet donc pas de deviner clairement toutes les circonstances où il pourra apparaître à l'avenir et l'attitude à adopter à leur égard? Dans le dernier cas, la méthode suivie pour concevoir les normes destinées à réglementer la discrimination devra elle aussi être fluide et ouverte au changement. À en juger par l'évolution de notre droit antidiscrimination, on doit conclure que les efforts législatifs n'ont jamais reposé sur une théorie générale complète. Pourtant, une grande partie de la loi est rédigée avec une précision qui se justifierait seulement si elle s'appuyait sur une théorie qui nous inspire confiance. Dans cette situation, le juge dispose de peu de latitude pour adapter la loi à de nouvelles

situations dignes d'intérêt, même si la vie fait inévitablement apparaître des cas qui n'entrent pas dans les catégories juridiques existantes. On doit donc expliquer aux demandeurs et aux demanderesses qu'aucun recours n'est possible tant que l'assemblée législative n'a pas modifié la loi[18]. Par ailleurs, la précision des règles incite peu les juges à édifier une théorie pour expliquer leur raison d'être et pour guider habilement leur évolution au cours des années. En effet, plus les règles sont précises, plus les tentatives des juges de combler les lacunes et d'élaborer des normes s'exposent aux critiques voulant qu'ils n'ont pas le pouvoir de modifier les règles établies par le Parlement. Le rang peu élevé qu'occupent dans la hiérarchie judiciaire les tribunaux administratifs chargés de régler en première instance les cas de discrimination ne fait que renforcer cette tendance. Au cours des cinquante dernières années, le droit relatif à la discrimination s'est heurté à la difficulté d'harmoniser la nature du phénomène et la compréhension que nous en avons avec le processus de création de normes et le processus judiciaire.

III. Compartimentation de la discrimination

Le refus des tribunaux canadiens d'utiliser leur pouvoir pour créer une cause d'action à propos de toutes les formes de discrimination est bien connu. Invitée à conclure qu'on pourrait invoquer l'intérêt public pour rendre illégal le refus d'un propriétaire de taverne de servir un noir, la Cour suprême a refusé de tomber dans ce guêpier dans la cause *Christie c. York*[19]. Même si la cause *Christie* avait été réglée dans le cadre du droit québécois, les cours des provinces régies par la common law ont reconnu son autorité pour confirmer la liberté contractuelle au risque de fermer les yeux sur un cas de discrimination[20]. Le refus des tribunaux d'instaurer un précédent dans ce secteur a laissé aux assemblées législatives la responsabilité de combler le vide[21]. Même si, à mon avis, il est possible de démontrer que ces jugements reflètent malheureusement une tendance à la compartimentation dans les secteurs pertinents de la common law, il n'est pas de mon propos aujourd'hui d'expliquer comment la common law aurait pu procéder autrement[22]. Vu le manque d'imagination manifesté à l'origine par les tribunaux, je voudrais plutôt examiner comment les assemblées législatives s'y sont prises pour créer des normes en vue de traiter le problème de la discrimination[23].

L'élaboration de règles législatives dans ce domaine peut être vue comme la version législative d'une approche partant de la base, mais non ascendante. Au lieu de s'appuyer au départ sur une théorie globale de l'égalité, l'assemblée législative a, à la manière d'un organisme qui suivrait le modèle ascendant, déterminé une série de cas paradigmatiques de comportement qui devraient être interdits et a « réglé » chaque cas particulier en rédigeant des règles précises à son sujet[24]. Trois aspects de ces cas paradigmatiques ressortent clairement : premièrement, le type de bien ou de possibilité d'emploi refusé, c'est-à-dire les contextes dans lesquels la discrimination est interdite; deuxièmement, les motifs pour lesquels un individu se voit refuser un bien ou une possibilité d'emploi, c'est-à-dire les fondements de la discrimination illicite; troisièmement, les circonstances qui rendent un refus illicite, ou ce qu'on pourrait appeler la norme définissant la faute en matière de discrimination.

La législation concernant les deux premiers aspects de la discrimination illicite est devenue un ensemble de règles passablement détaillées précisant ce qu'une personne ou un organisme ne peut pas faire à quelqu'un d'autre dans un contexte donné. Pendant un certain temps, le troisième aspect — qui constitue le cœur du droit antidiscrimination — est resté beaucoup moins précis dans la législation quoique, selon moi, certains signes montrent que l'assemblée législative avait à l'esprit un paradigme qui transparaît dans l'exclusion de certaines formes de comportement de l'interdiction générale. Même si aujourd'hui, nous avons élaboré dans ce domaine un ensemble de règles assez détaillées et beaucoup plus complexes que celles qui figuraient dans la législation d'origine, il n'est pas évident que nous nous sommes beaucoup rapprochés d'une théorie autour de laquelle s'articule le cadre global.

Après avoir illustré la méthode cas par cas apparemment suivie par l'assemblée législative en faisant l'historique des dispositions législatives concernant les motifs de distinction illicite et les contextes où la discrimination est interdite, nous examinerons brièvement deux questions liées à l'interprétation des motifs de distinction illicite afin de démontrer l'effet étouffant de la compartimentation adoptée dans la loi. Selon moi, seule la recherche d'une formulation plus raisonnée des motifs de distinction illicite nous orientera vers une meilleure compréhension de l'interdiction et permettra au système juridique de faire face avec créativité et efficacité à l'évolution des circonstances et de notre compréhension de ces circonstances. Nous passerons ensuite à ce que j'appelle le droit axé sur la « norme définissant la faute en matière de discrimination » pour montrer que, d'une façon plus subtile, son élaboration s'est heurtée aux mêmes problèmes et nécessite le même genre de solution.

Vu les imprécisions qui entourent le phénomène de la discrimination, j'en conclus que les règles juridiques qui s'y rapportent doivent pouvoir évoluer graduellement et être perfectionnées. Jusqu'ici, le droit a eu tendance à se prononcer sur des types particuliers de cas concrets sans faire assez référence aux valeurs sous-jacentes aux différents jugements. Les juges se voient donc contraints d'appliquer des règles relativement statiques. L'assemblée législative aurait été bien inspirée d'inclure dans sa démarche un autre aspect de la méthode ascendante adapté à ses objectifs. La meilleure approche aurait été d'inscrire dans la loi des principes de base qui n'auraient pas prétendu constituer une théorie complète, mais qui auraient été caractérisés par un niveau d'abstraction intermédiaire et auraient laissé explicitement aux juges le soin d'étudier les divers cas et de perfectionner les principes en interprétant le contexte des situations concrètes[25]. En nous appuyant sur le processus de raisonnement qui sous-tend le droit de la responsabilité civile délictuelle, nous verrons comment certains éléments de base de la cause d'action concernant la discrimination pourraient être repensés

IV. Contextes et motifs : l'apothéose de la compartimentation

Pour ce qui est des contextes où la discrimination est interdite, l'assemblée législative de l'Ontario a commencé dans les années 40 à cibler un problème simple et étroitement défini, à savoir le phénomène des commerçants et des autres fournisseurs de services qui annonçaient leur refus de traiter avec des non-blancs en plaçant des affiches « Réservé aux blancs ». Or, ce comportement étroit était interdit par la *Racial Discrimination Act (Loi sur la discrimination raciale)*[26]. En l'espace d'une décennie, l'assemblée législative a décidé que la discrimination en matière d'emploi était répréhensible et a promulgué la *Fair Employment Practices Act (Loi sur les pratiques équitables en matière d'emploi)*[27]. À peu près au même moment, elle a jugé qu'il était vraiment inéquitable de verser une rémunération moins élevée aux femmes qui exécutaient le même travail que les hommes et elle a décidé en 1951 d'interdire ce procédé dans la *Female Employees Fair Remuneration Act (Loi sur l'équité de rémunération des femmes)*[28]. Peu après, convaincue qu'il ne suffisait pas d'interdire l'affichage ou la publication d'avis de nature discriminatoire pour assurer l'égalité d'accès aux biens et aux services, la même assemblée a décidé d'interdire le refus, pour des motifs discriminatoires, de fournir un « logement, des services ou des installations disponibles dans tout lieu où le public a habituellement accès »[29]. Quelques années plus tard, après qu'on ait attiré son attention sur le problème des personnes à qui on refusait un logement locatif sur le marché privé, elle a modifié la loi afin d'interdire le refus discriminatoire d'un logement dans tout immeuble comprenant plus de six unités[30], puis elle a étendu un peu plus tard cette interdiction à la discrimination dans la fourniture de biens, de services et d'installations, quels qu'ils soient[31]. Cette décision visait à contrer les organismes tels que les ligues sportives pour enfants qui éludaient la responsabilité d'exclure les filles en alléguant que leurs services ou leurs installations n'étaient habituellement pas mis à la disposition du public, mais plutôt à la disposition des garçons.

Chaque nouvelle loi ajoutait un nouveau compartiment, c'est-à-dire une nouvelle interdiction relativement précise au cadre global. La première codification de toutes ces dispositions antidiscrimination a produit en 1962 le *Code des droits de la personne de l'Ontario*[32] qui se contentait de regrouper en une seule loi les divers contextes où la discrimination avait été interdite par le passé. Comme les refontes périodiques ultérieures ont suivi le même cheminement, les codes modernes incluent habituellement des dispositions concernant la discrimination en matière d'emploi, de logement ainsi que de fourniture de biens et de services. Depuis 1962, l'Ontario a ajouté une interdiction générale de la discrimination dans la passation de contrats qui englobe les contextes modernes où la discrimination est interdite.

Le cheminement a été similaire en ce qui concerne les motifs de distinction illicite. La liste des motifs s'est accrue au cours des années, mais cet accroissement semble davantage dû à l'adoption de solutions d'urgence ponctuelles chaque fois que la Commission des droits de la personne a révélé les souffrances de personnes non protégées par le Code qu'à la volonté de l'assemblée législative de forger une théorie générale sur les personnes qui méritent la protection de la loi. En Ontario, la législation antidiscrimination a d'abord visé les cas liés à la race et à la religion. On peut dire

intuitivement que si un motif de discrimination est vraiment injuste, c'est bien celui de la race et de la religion. Vu la montée de l'antisémitisme dans tout l'Occident au cours des années 30 et l'intensité des luttes entreprises pour libérer les Noirs de l'esclavage, le besoin de protéger ces groupes de la discrimination dans divers contextes n'était pas difficile à prouver.

De nouveaux motifs ne sont venus s'ajouter que progressivement, à mesure que des cas sont apparus et que les victimes de ces formes de discrimination ont été rejetées par le système. Adoptée au milieu d'une forte hausse de l'immigration, la première loi contre la discrimination en matière d'emploi dépassait sensiblement les catégories protégées de la race et de la croyance visées dans la *Racial Discrimination Act* de 1944 et englobait « la couleur, la nationalité, l'ascendance et le lieu d'origine »[33]. Elle omettait pourtant le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille ou l'âge, sans mentionner l'orientation sexuelle, la déficience ou la pauvreté. Ces autres motifs ont été ajoutés par bribes : la discrimination fondée sur l'âge a fait l'objet d'une loi distincte en 1966[34], mais il a fallu attendre 1972 pour assister à l'inclusion du sexe et de l'état matrimonial[35], puis 1981 pour l'inclusion de la situation de famille et du handicap[36] et finalement 1986 pour l'inclusion de l'orientation sexuelle[37]. Ce processus fragmenté de réforme a amené la Commission des droits de la personne de l'Ontario à déplorer dans son rapport de 1977 intitulé *Vivre ensemble* que la « législation soit maintenant criblée d'anomalies et paralysée par des restrictions qui la rendent de moins en moins apte à répondre aux besoins croissants relatifs aux droits de la personne dans la province »[38].

On peut difficilement éviter de conclure que, pour ces deux aspects du problème de la discrimination, l'assemblée législative a adopté la méthode ascendante pour établir des règles cas par cas, c'est-à-dire qu'elle a attendu l'apparition de situations non encore couvertes par les règles pour décider de la manière de les traiter. Vu l'inexpérience de notre système juridique à considérer l'égalité comme une norme de droit, l'approche cas par cas était peut-être la meilleure façon de commencer. On ne pouvait pas s'attendre à ce que l'assemblée législative soit dès le début en mesure de formuler une théorie globale à propos d'un domaine aussi inexploré. Toutefois, il n'est pas certain que l'assemblée législative ait amorcé l'étape suivante, c'est-à-dire qu'elle ait tenté de définir des principes plus profonds pour expliquer les cas concrets. Au moins, elle ne l'a pas fait dans la loi proprement dite. L'inscription dans la loi de motifs de distinction illicite et de contextes bien délimités où la discrimination est interdite a laissé peu de marge de manœuvre aux juges pour élaborer les principes sur lesquels pourrait s'appuyer l'extension de la protection à de nouvelles catégories. Au lieu de cela, chaque fois qu'un cas digne d'intérêt se présente, il faut que l'assemblée législative adopte une loi et on sait les retards qu'entraîne la préparation d'une machine aussi complexe à traiter des points de détail souvent très précis, sans parler des risques d'opportunisme ou d'obstructionnisme politiques aux dépens de groupes minoritaires vulnérables. Il en est résulté une loi qui ressemble à un ensemble de compartiments, en fait assez semblable à l'image que Lord Buckmaster se faisait de la common law, qui exige une intervention législative chaque fois que de nouveaux compartiments se révèlent nécessaires.

V. Répercussions de la compartimentation des motifs illicites sur l'interprétation

A. Insertion de chevilles carrées dans des trous ronds

Une méthode plus souple de création de normes s'impose pour permettre aux juges d'étendre progressivement la portée du code aux nouvelles variantes qui apparaissent dans le domaine de la discrimination. Même si l'énumération de motifs séparés de distinction illicite se poursuit depuis plus de cinquante ans, le code laisse encore de côté certains groupes dignes d'intérêt. Malgré la persistance de ces lacunes, on n'a pas essayé de reformuler les critères en un principe général qui serait inclus dans le Code, même si on dispose maintenant d'une expérience suffisante pour le faire. Je me fonderai sur la lutte en faveur des obèses pour illustrer les insuffisances des compartiments existants et la supériorité d'une approche raisonnée[39]. Le Code de l'Ontario ne définit pas l'obésité comme un motif de distinction illicite et l'obésité ne s'insère pas facilement dans l'un des motifs déjà énumérés. On a tenté de présenter la discrimination liée à l'obésité comme une forme de discrimination fondée sur une déficience ou un « handicap » selon le terme retenu dans le *Code des droits de la personne de l'Ontario*. Mais la définition du terme « handicap » donnée dans le Code de l'Ontario est assez précise[40]; elle lie en particulier le handicap aux conséquences d'une « lésion corporelle, d'une anomalie congénitale ou d'une maladie », alors que les causes de l'obésité sont souvent inconnues et permettent rarement d'établir un lien avec une maladie. Il peut arriver que des plaignants réussissent à rattacher leur réclamation à la catégorie du harcèlement sexuel, lorsqu'ils peuvent prouver que le comportement du mis en cause découle d'une attitude méprisante et sexiste, mais cela ne vaut que pour un petit nombre de cas relatifs à l'obésité.

Il est pourtant manifeste que les obèses subissent, en milieu de travail, dans l'acquisition d'un logement et dans l'accès aux biens et aux services, bon nombre des désavantages que connaissent les membres des catégories protégées : ils ou elles sont dépréciés, se voient refuser des possibilités d'emploi, sont moins payés que les autres — tout cela sans fondement[41]. L'atteinte à la dignité humaine est aussi grave que dans les autres cas de discrimination; le désavantage tangible aussi préjudiciable. En conséquence, si ce groupe est reconnu, on devra apporter à la loi une nouvelle modification qui ne fera qu'ajouter un compartiment de plus et ne nous rapprochera pas d'une théorie sur les raisons qui justifient l'apport d'une protection aux divers groupes. De plus, l'existence de compartiments distincts déjà nombreux incite peu les juges à en créer d'autres. Leur attention est au contraire entièrement absorbée par la tâche d'insérer des chevilles carrées dans des trous ronds, c'est-à-dire de déterminer s'il existe des preuves suffisantes d'une cause physiologique de l'obésité du plaignant pour justifier l'insertion du cas dans la rubrique de la maladie et donc de la déficience, même s'il est bien connu que les préjugés contre les obèses reposent habituellement sur la croyance qu'il *ne s'agit pas* d'une maladie, mais plutôt d'un manque de discipline personnelle.

En fait, chaque débat sur l'ajout d'un nouveau compartiment nous a amenés à comprendre implicitement le genre de caractéristiques sur lesquelles il ne faut pas s'appuyer pour expliquer des décisions ayant eu un effet préjudiciable sur une personne. Il y a longtemps qu'on aurait dû essayer d'exprimer cette situation dans un principe abstrait dont l'extension future à d'autres cas serait gérée par les juges. Puisque la législation rend illicite l'exercice d'une discrimination fondée sur une caractéristique relativement immuable ou sur des stéréotypes méprisants et juge inéquitable qu'une personne soit contrainte de changer pour pouvoir participer pleinement à la vie de la société, il serait possible d'étendre naturellement sa protection aux personnes obèses (et à d'autres cas nouveaux). Cette conceptualisation des fondements illicites de la discrimination est intimement liée à la compréhension récente des intérêts humains que la législation antidiscrimination doit chercher à protéger. Selon moi, ces intérêts devraient au moins inclure la protection de la dignité humaine et la juste possibilité d'accéder à des biens importants. La définition de l'intérêt lié à la dignité irait de pair avec la meilleure compréhension de la dépréciation, du mépris ou de l'irrespect que sous-entend toute catégorisation fondée sur certaines caractéristiques. L'idée qu'une personne ne doit pas être contrainte de changer certaines des choses qui la caractérisent pour progresser sera renforcée par notre meilleure compréhension de ce que signifie la possibilité équitable de participer pleinement à la vie de la société. La Cour suprême a récemment réitéré son attachement à ce genre d'approche dans le contexte des droits à l'égalité constitutionnelle[42]; une approche raisonnée est tout aussi importante pour définir les droits et les responsabilités liés à l'égalité entre des parties privées.

B. Réexamen des chevauchements entre les diverses catégories

L'énoncé plus raisonné des fondements qui justifient l'interdiction de la discrimination aiderait aussi à résoudre un autre problème causé par la compartimentation. Nitya Iyer a bien montré comment les compartiments actuellement utilisés pour définir les motifs de distinction illicite peuvent être préjudiciables aux personnes défavorisées par la combinaison de plusieurs des caractéristiques énumérées dans la loi[43]. Le morcellement des motifs incite les juges à examiner les situations à la lumière d'un seul motif de discrimination présumé[44]. L'analyse des défauts de cette approche nous permet encore une fois de faire ressortir le bien-fondé de dépasser les motifs de distinction énumérés dans la loi, qui ne sont en fait que des catégories inertes énonçant les conditions requises pour l'imposition d'une responsabilité, et de définir des principes expliquant pourquoi la discrimination fondée sur ces bases est inacceptable. Le fait de traiter les motifs énumérés dans la loi comme s'ils étaient « isolés » et « homogènes »[45] suscite principalement deux problèmes.

Le premier concerne les situations où les juges omettent de remarquer combien la combinaison de facteurs aggrave le préjudice causé au plaignant ou à la plaignante. La cause *Alexander c. British Columbia*[46] illustre très bien ce problème. Le mis en cause, gérant d'un magasin d'alcools, avait refusé de servir Alexander parce qu'il la croyait ivre. Membre des Premières nations et partiellement aveugle, Alexander souffrait en plus d'un handicap moteur qui affectait sa démarche et son élocution. Le tribunal a

statué en faveur de la plaignante, tout en précisant que la discrimination était uniquement fondée sur la déficience. Or, on peut craindre que la tendance du juge à axer la plainte sur un seul motif — peut-être le plus fort — ait contribué à masquer l'étendue totale du préjudice causé. Il se peut que le juge ait interprété correctement les faits : le mis en cause aurait peut-être traité de la même façon toute personne atteinte de cette déficience, quelle que soit sa race. Mais il est aussi tout à fait crédible de penser que le mis en cause a été influencé par le fait que la plaignante était autochtone, ce qui l'a porté à supposer trop vite qu'en raison de sa race, elle devait être ivre. En mettant exclusivement l'accent sur la déficience, le tribunal a négligé d'examiner dans quelle mesure le traitement réservé à la plaignante est encore plus offensant pour une personne membre des Premières nations que pour d'autres. En d'autres termes, l'utilisation des motifs énumérés dans la loi comme des compartiments, c'est-à-dire comme des catégories qui s'excluent mutuellement et dont une seule peut convenir à une personne donnée, masque un aspect crucial du cas : quelle est l'étendue du préjudice causé à la plaignante par le comportement du mis en cause?

Le deuxième type de cas inefficacement traité est celui où les motifs (deux ou plus) de discrimination sont à la fois nécessaires et conjointement suffisants pour prouver le mauvais traitement; c'est-à-dire que si l'un n'avait pas été présent, l'autre n'aurait pas permis de déceler la conduite ou l'effet discriminatoire. Cette situation est illustrée dans la cause *De Graffenreid* c. *General Motors*[47] où une femme noire n'a pas été autorisée à déposer en vertu du titre VII une plainte voulant que le mis en cause ait exercé une discrimination envers les personnes qui étaient à la fois des femmes et des noires. Dans ce genre de cas, l'argument pour empêcher l'imposition de dommages-intérêts en raison d'une discrimination fondée sur la race ou sur le sexe semble consister à démontrer que le mis en cause a embauché des hommes noirs et des femmes blanches : le fait d'avoir embauché des hommes noirs montre que l'employeur n'exerce pas de discrimination fondée sur la race, alors que le fait d'avoir embauché des femmes blanches montre qu'il n'exerce pas non plus de discrimination fondée sur le sexe. Dans ces cas, l'accent mis sur un motif à l'exclusion de l'autre fait disparaître la discrimination. L'énumération de motifs de distinction illicite séparés semble encourager cette approche, comme si la marche à suivre consistait à passer en revue la liste des motifs illicites et à rejeter la plainte après avoir remarqué que les « femmes noires » ne constituent pas une catégorie, exactement de la même façon qu'on rejetterait une demande de dommages-intérêts en raison d'une discrimination fondée sur l'obésité, parce que cette caractéristique ne figure pas dans la liste. À un niveau plus profond, ce résultat sous-entend que la discrimination fondée sur un facteur particulier est uniforme et que tous les membres d'un groupe donné doivent être touchés de la même façon pour que la discrimination soit prouvée[48]; il donne l'impression que chaque catégorie est homogène et que toutes sont séparées.

Le caractère concret de l'image des compartiments illustre bien l'approche implicitement adoptée dans ces deux types de situations[49]. Si le plaignant a déjà été placé dans un compartiment, son cas ne peut pas s'étendre en même temps à un autre compartiment; un plaignant à cheval sur deux compartiments n'entre bien dans aucun.

En quoi une méthode plus ascendante changerait-elle la situation? Idéalement, au lieu d'énumérer des motifs de distinction illicite, le Code donnerait une description

plus générale des types de caractéristiques qui ne doivent pas être dépréciées ou utilisées pour limiter les chances d'une personne. Dans les cas complexes, cela amènerait naturellement les juges à examiner non seulement si le cas entre parfaitement dans un compartiment, mais aussi s'il illustre le genre de préjudice que la loi cherche à éliminer. Même si nous devons nous fonder sur une liste de motifs, cette liste pourrait être traitée comme un éventail initial de cas simples réglés individuellement, c'est-à-dire comme une matière première permettant de construire un principe plus général. Cela obligerait à s'interroger de façon plus approfondie sur les raisons qui justifient l'inclusion de chacune des caractéristiques dans la liste et à profiter de cette interrogation pour régler une situation faisant intervenir simultanément deux facteurs ou plus.

Un effort, aussi novice soit-il, dans cette direction nous apprendrait que la liste inclut des exemples de caractéristiques que certaines personnes considèrent avec un mépris qui les amène à traiter autrui comme inférieur. Nous comprenons que cette attitude représente une grave atteinte à la dignité humaine et c'est pourquoi il est interdit de refuser à une personne l'accès à un bien ou à une possibilité d'emploi parce qu'on ne la juge pas digne de respect. Si on comprend ainsi, au moins en partie, l'objet du droit antidiscrimination[50], on s'aperçoit bien qu'il n'est pas nécessaire de séparer les deux aspects de la plainte — et de la personnalité — dans un cas comme celui d'*Alexander*. Le droit définit comme discriminatoires les agissements fondés sur certains motifs parce qu'ils constituent une atteinte à la dignité de la personne. Si une personne pose un geste pour plus d'un des motifs interdits par la loi, elle a, en ce qui concerne la question de la dignité, commis deux préjudices. Chaque motif illicite représente une atteinte distincte; mis ensemble, ces motifs accroissent le préjudice subi.

En d'autres termes, en concentrant leur attention sur un seul des deux motifs interdépendants de discrimination, les juges étendent la compartimentation visible dans la loi à leur propre compréhension du préjudice causé par la discrimination, ce qui les empêche de voir l'ensemble du tort subi et son effet sur l'ensemble de la personne. On remarque ici une forte ressemblance avec la difficulté que causait antérieurement à certains juges l'idée de la responsabilité concomitante en matière contractuelle et délictuelle. À certaines époques, les questions contractuelles et délictuelles étaient traitées comme des compartiments qui s'excluaient mutuellement, ce qui obligeait les demandeurs et les demanderesses à choisir la catégorie à utiliser pour décrire le préjudice qui leur avait été infligé. De nos jours bien sûr, on comprend bien qu'un seul acte puisse représenter plus d'un préjudice[51]. Cela est même devenu si évident qu'on se demande comment les juges ont pu ne pas s'en rendre compte antérieurement. Seule, l'idée voulant qu'on doive classer les situations dans des compartiments spécifiques pour régler les cas dissimule la vérité. Une fois qu'on prend conscience du manque de pertinence de cette idée, il ne reste plus qu'à étudier les mesures correctives à prendre au regard des deux motifs interreliés de responsabilité afin de s'assurer si le demandeur ou le plaignant doit être doublement dédommagé.

Si, au lieu d'insister pour classer chaque cas dans un seul compartiment et de limiter la discussion aux effets de cet unique préjudice sur le plaignant ou la plaignante, nous remontons aux racines de chacun des motifs énumérés dans le droit antidiscrimination pour l'intérêt lié à la dignité humaine, les différents aspects de

l'attitude du mis en cause envers le plaignant s'unissent d'eux-mêmes et facilitent l'analyse de l'atteinte totale portée à la dignité du plaignant[52]. Comme Iyer le souligne, on constate une tendance à accorder des dommages-intérêts plus élevés aux plaignants qui font partie de plusieurs groupes défavorisés, ce qui semble indiquer une compréhension au moins implicite de cet aspect de la question[53]. La tenue d'une discussion ouverte sur ces questions contribuerait à parfaire notre compréhension du phénomène et garantirait mieux que les plaignants ou les plaignantes reçoivent tous les dédommagements qui leur reviennent[54]. Une telle discussion nous amènerait à mieux réfléchir aux intérêts humains que le droit antidiscrimination doit protéger et qui constituent un élément fondamental de notre conception de la cause d'action.

On peut analyser de façon similaire le changement qu'apporterait l'adoption d'une approche raisonnée pour le deuxième type de situation mettant en cause plusieurs motifs de discrimination. Vus sous l'angle du droit de la responsabilité civile délictuelle qui est mon domaine de spécialisation, ces cas m'ont toujours semblé les plus délicats à régler. L'allégation voulant que les femmes noires aient fait l'objet de discrimination peut être considérée sous deux angles, à savoir que la plaignante s'est vu refuser une possibilité d'emploi à cause de sa race *et* à cause de son sexe. Les motifs de la race (le fait d'être noire) et du sexe (le fait d'être une femme) sont tous deux nécessaires pour que le préjudice ait lieu, mais aucun n'est suffisant en soi. Bien sûr, aucune autre poursuite civile n'exige, pour réussir, de prouver l'existence d'une cause ou d'une explication unique et suffisante du préjudice. Normalement, la seule chose à faire est de prouver que la faute présumée est une condition nécessaire; l'existence de plusieurs conditions nécessaires concourant à créer le préjudice ne constitue pas un obstacle à l'obtention de dommages-intérêts, en particulier si elles représentent toutes deux un comportement illicite. En vertu de ce critère, si une plaignante noire peut démontrer que, si elle avait été blanche ou si elle avait été un homme, elle aurait été embauchée (ou ses chances de l'être auraient été plus grandes), on doit estimer qu'elle a prouvé l'existence d'une discrimination fondée à la fois sur la race et sur le sexe, et non l'absence de discrimination.

Pour expliquer les lacunes du raisonnement adopté dans la cause *De Graffenreid*, nous devons tout d'abord établir une distinction entre la discrimination qui découle d'un préjugé et la discrimination indirecte. La première consiste, pour des raisons particulières et irrespectueuses, à poser un geste qui défavorise une autre personne, tandis que la seconde consiste à refuser, pour une raison quelconque mais injustifiée, l'accès à des biens, à des services ou à des possibilités d'emploi[55]. Une approche raisonnée exigerait de se demander non pas si les « femmes noires » se trouvent dans la liste des motifs illicites, mais si le comportement de l'employeur révèle l'imposition ou le renforcement d'une inégalité, c'est-à-dire s'il constitue un traitement irrespectueux ou un refus du droit à une participation équitable. Il peut arriver qu'un employeur fasse preuve d'une attitude irrespectueuse ou fondée sur un stéréotype envers les femmes seulement, et non envers tous les membres d'un groupe racial. En réalité, bien des attitudes et des stéréotypes racistes sont traités comme des cas de sexisme. Les esprits fanatiques associent par exemple les *hommes* noirs à la violence et à la criminalité, et les *femmes* noires au vagabondage sexuel. S'il existe une raison de croire que l'attitude de l'employeur repose sur une attitude empreinte de préjugés sexistes, pourquoi devrait-on se préoccuper du fait qu'il traite bien les hommes du même

groupe? Il se peut qu'il ait appris à surmonter l'attitude méprisante qu'il adoptait antérieurement envers les hommes, mais qu'il n'ait pas encore eu l'occasion de réviser son attitude envers les femmes. Il se peut tout simplement aussi que la situation de travail en cause ne mette pas en lumière son point de vue méprisant sur les hommes et ne l'amène pas à créer des critères d'embauchage ou des conditions de travail inéquitables pour eux. Tout essai d'expliquer pourquoi il ne traite pas mal les hommes du groupe ne sert à rien si son attitude méprisante envers les femmes porte atteinte à la dignité de celles-ci. Cela révèle que l'hypothèse sous-jacente à la compartimentation, selon laquelle chaque groupe protégé est homogène, a un corollaire, à savoir que les préjudices causés aux membres de chaque groupe sont également homogènes. Maintenant que cette hypothèse a été discréditée, rien ne devrait plus empêcher de fonder une plainte sur la rencontre de deux formes de préjudice.

Il peut aussi arriver que, tout en n'étant pas fondées sur des préjugés, les politiques d'un employeur aient des effets secondaires disproportionnés sur les femmes d'une minorité raciale, mais non sur tous les membres de cette minorité ou sur toutes les femmes. Imaginons par exemple que l'imposition d'une exigence scolaire cause beaucoup plus de difficultés aux femmes noires, en raison de leur situation sociale différente, qu'aux femmes blanches ou aux hommes noirs. S'il est impossible de justifier cet obstacle selon les critères habituels, pourquoi devrait-on le maintenir une fois qu'on a prouvé qu'il exerce un effet néfaste sur des membres vulnérables de la société en réduisant leurs possibilités d'emploi et leur pleine participation à la vie de la société? À nouveau, l'hypothèse voulant que les motifs énumérés soient homogènes sous-entend qu'un acte donné affecte exactement de la même façon tous les membres d'une catégorie particulière. Une analyse plus minutieuse des cas — très courants dans la vie — faisant intervenir deux motifs démontre la fausseté de cette hypothèse. Si, au lieu de continuer à faire entrer des êtres humains dans des catégories préfabriquées, nous nous servons de ces cas pour mieux comprendre les subtilités de la discrimination et de ses effets préjudiciables, les cas complexes deviendront souvent des cas faciles qui permettront de démontrer non pas l'absence de discrimination, mais une discrimination fondée sur plusieurs motifs

VI. Que doit-on considérer comme une discrimination? - Élaboration d'une norme définissant la faute en matière de discrimination

Le fait même que le Code ait été bâti à partir de listes toujours plus longues de motifs de distinction illicite et de la fusion de contextes indépendants où la discrimination est interdite montre bien que la législation ne repose pas sur une théorie générale concernant les torts causés par la discrimination. La meilleure preuve de cette absence de théorie est l'absence d'explication du concept central de « discrimination » dans la loi conçue pour la contrer[58]. À la différence des listes précises incluses dans d'autres textes de loi, celle-ci reste superficielle comme s'il s'agissait d'un concept très abstrait et elle laisse une grande place à l'interprétation des juges pour que ceux-ci puissent l'adapter à

l'évolution de la conception de l'égalité en se fondant sur leur expérience croissante des effets de l'inégalité. Pourtant, à y regarder de plus près, cela paraît moins clair. Tout en évitant de définir directement la discrimination, les assemblées législatives ont eu tendance à ajouter dans leurs lois, à la périphérie du concept central, des règles qui ont limité les efforts entrepris par les juges pour adapter le concept abstrait d'égalité à l'évolution de notre conception de la nature du problème et des solutions pertinentes. Selon moi, le besoin qu'ont eu les juges de lutter avec la formulation de la loi pour adapter celle-ci au contexte moderne a provoqué une crise inutile de légitimité à propos d'un aspect central de la cause d'action relative à la discrimination.

À titre d'illustration, nous allons analyser le débat visant à déterminer si seule, une conduite intentionnelle peut constituer une discrimination. Cette question a été clairement soulevée dans la cause *O'Malley*[57] : une employée de la compagnie Simpsons-Sears avait été rétrogradée à un travail à temps partiel parce qu'elle refusait d'aller à l'encontre de ses convictions religieuses en travaillant le samedi, alors que la politique de l'employeur obligeait tous les employés à temps plein à être disponibles deux samedis sur trois. L'employeur a allégué que, loin d'être fondée sur une intention quelconque de porter préjudice à la plaignante, sa politique reposait sur les besoins du lieu de travail où le samedi est le jour le plus actif de la semaine. À l'époque, la disposition pertinente (alinéa 4(1)(g)) du *Code des droits de la personne de l'Ontario*) précisait simplement que « personne ne doit... exercer de discrimination contre un employé en ce qui concerne une condition d'emploi en raison ... de la croyance... de cet employé ». De son côté, la plaignante a fait valoir une conception de la discrimination fondée sur l'effet défavorable que la politique de l'employeur a eue sur elle en raison de sa religion, plutôt que sur l'intention de l'employeur d'instituer cette discrimination. De toute évidence, il serait déraisonnable d'interpréter que la loi interdit rigoureusement toute mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les membres de groupes protégés, car cette interprétation ne permettrait pas de tenir compte de l'intérêt légitime des employeurs pour le fonctionnement efficace de leur entreprise. Comme l'a noté M. Ratushny, juge de première instance, cette interprétation interdirait à un exploitant dont le commerce ouvre seulement le samedi de refuser d'embaucher une personne qui observe le sabbat et qui ne serait donc jamais prête à travailler ce jour-là[58].

Pour interpréter la discrimination de façon large conformément à l'argumentation de la plaignante, il semblait raisonnable que les employeurs puissent s'opposer à la requête d'un employé en démontrant que l'impossibilité d'imposer la règle contestée mettrait sérieusement leur entreprise en danger. Pourtant la loi ne contenait pas de réserve générale à l'interdiction de discrimination; elle ne permettait pas aux mis en cause de soutenir que, tout en étant défavorable, leur comportement était justifié. Pire encore, la loi incluait au paragraphe 4(6) la réserve spécifique suivante : « Les dispositions du présent article concernant la discrimination ... fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial, ne s'appliquent pas si l'âge, le sexe ou l'état matrimonial constitue une exigence professionnelle justifiée pour l'emploi ». Cette disposition prévoit que, dans certains cas, on peut tenir compte des intérêts de l'employeur pour conclure que la discrimination est justifiée et exclure toute responsabilité, mais elle limite ces circonstances à l'âge, au sexe ou à l'état matrimonial quand on peut prouver que ceux-ci constituent une EPJ. Comme, dans la cause *O'Malley*, l'allégation de discrimination concernait la religion, l'employeur ne pouvait se prévaloir de la réserve à la principale

interdiction. La Cour suprême de l'Ontario[59] (approuvée par la Cour d'appel[60]) s'est appuyée sur l'inclusion d'une réserve spécifique pour conclure que c'était la seule exception prévue par l'assemblée législative et maintenir l'interdiction absolue de toute discrimination fondée sur la croyance religieuse, entre autres. Si, dans son interprétation, le tribunal avait décidé que la discrimination inclut le fait de causer, intentionnellement ou non, un préjudice à un membre d'un groupe protégé, cela aurait rendu les mis en cause responsables de tout comportement, aussi raisonnable soit-il, ayant à l'occasion un effet discriminatoire. Dans ces circonstances, le tribunal a jugé équitable d'interpréter la loi de façon étroite et d'interdire uniquement la discrimination intentionnelle.

Cette décision a, en dernier ressort, été infirmée par la Cour suprême du Canada[61]. Après avoir interprété que la discrimination inclut l'imposition d'une politique générale qui a pour effet de désavantager les membres d'un groupe protégé, mais reconnu l'injustice possible pour les employeurs et l'omission de l'assemblée législative de tenir explicitement compte de cet aspect, la Cour a considéré comme faisant implicitement partie de la loi une disposition restrictive permettant à un mis en cause de se disculper en montrant les efforts raisonnables qu'il a déployés pour tenir compte de la situation du plaignant ou de la plaignante. En d'autres termes, après s'être rendu compte qu'une interprétation large de la discrimination créerait un « vide » dans la législation, la Cour a décidé de combler cette lacune par une doctrine générale d'adaptation raisonnable.

Même si la décision de la Cour suprême reflète mieux les besoins de notre société, l'interprétation du tribunal inférieur était à mon avis plus fidèle à la lettre de la loi. Si la discrimination se limite au traitement différentiel motivé par une caractéristique protégée, la réserve explicite concernant les distinctions justifiées fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial est tout à fait sensée car il existe de toute évidence des situations où une distinction explicite fondée sur ces motifs se justifie (le sexe des préposés aux toilettes est l'exemple de distinction légitime le plus souvent cité). De plus, il n'est pas nécessaire de créer d'autres exceptions. L'interprétation plus large crée un vide législatif que les tribunaux doivent ensuite combler. Cela nous invite à nous demander pourquoi l'assemblée législative, si elle visait une interprétation large de la discrimination, a omis d'inscrire une disposition de toute évidence nécessaire obligeant à tenir compte des intérêts opposés, mais légitimes en présence? Il est à mon avis plus plausible de croire que la loi a été rédigée pour les cas simples de discrimination qui consistent à traiter moins bien une personne parce qu'elle est une femme, une personne non blanche, un membre d'une minorité religieuse, etc. Même si cela n'est pas dit explicitement dans la disposition concernant la discrimination, l'étroitesse de la seule exception prévue à la disposition le montre bien. Cela ne signifie pas que l'assemblée législative ne voulait pas interdire la discrimination indirecte, mais plutôt que personne n'y a pensé. L'assemblée législative n'avait pas prévu les circonstances d'un cas comme la cause *O'Malley* et, en conséquence, elle n'a pas procédé au jugement de valeur nécessaire pour régler ce cas.

Je ne m'interrogerai pas sur la légitimité du pouvoir judiciaire exercé par la Cour suprême dans cette cause. Même si on pense qu'elle a donné la réponse qui convenait, on doit toutefois admettre qu'elle l'a fait davantage malgré la loi qu'avec son aide, non

pas parce qu'on a raison de croire que l'assemblée législative s'opposait à cette interprétation élargie de la discrimination et voulait en limiter la portée, mais parce qu'elle avait inclus dans la loi des dispositions spécifiques destinées à combattre le fanatisme sans s'appuyer sur une théorie élaborée de l'égalité et sans bien connaître l'éventail de situations auxquelles la société devra probablement faire face dans un avenir lointain. En réalité, seul le fait que l'assemblée législative de l'Ontario ait jugé bon de modifier son Code afin d'y inclure explicitement la responsabilité dans les cas de « discrimination indirecte » pendant que la cause *O'Malley* faisait lentement son chemin dans le système, nous permet de dire que la conclusion de la Cour suprême était en harmonie avec le sens que l'assemblée législative avait voulu donner à la loi.

L'assemblée législative a donc voulu élargir la notion de responsabilité mais, pour ce faire, elle a encore une fois choisi de construire un nouveau compartiment. Au lieu de réviser les dispositions fondamentales du Code qui rendaient la discrimination illégale et d'englober le concept de discrimination indirecte dans la notion de discrimination, l'assemblée législative a adopté une disposition distincte stipulant que « l'imposition d'une exigence... *qui ne constitue pas une discrimination fondée sur un motif illicite*, mais qui entraîne l'exclusion ou la préférence d'un groupe de personnes identifié par un motif illicite de discrimination, ou l'imposition d'une restriction à ce groupe... »[82] constitue une atteinte aux droits. Cette formulation semble concéder que, même si la « discrimination indirecte » n'est pas vraiment une discrimination, elle est illégale malgré tout. Cette modification crée un nouveau fondement de la responsabilité, mais ne s'appuie pas sur un nouveau concept de la discrimination[83].

Les commentateurs ont souligné, souvent avec une pointe de désapprobation, l'absence de définition de la discrimination dans les codes des droits de la personne[84]. L'absence d'une telle définition ne doit pourtant pas nous surprendre ni nous décevoir particulièrement. Les définitions sont une très bonne chose quand on sait exactement ce qu'on veut et quand on peut l'exprimer avec précision. Dans le cas présent, une définition exigerait l'élaboration d'une théorie détaillée de l'égalité, question très complexe et fortement contestée qui nous échappe encore pour le moment. Dans ces circonstances, la tentative prématurée de définir avec précision le concept de discrimination nous aurait encore plus étroitement confinés à la compréhension qu'en avait la société au moment de son inscription dans la loi. Cela aurait empêché le droit d'évoluer au contact de nouvelles situations, en attendant que l'assemblée législative modifie la loi. Si on avait pressé les rédacteurs du Code de l'Ontario en vigueur au moment de la cause O'Malley de définir la discrimination, ils se seraient probablement fondés sur le paradigme du traitement préférentiel motivé par un préjugé. Vu la discrimination raciale manifeste à cette époque-là, il n'est pas surprenant qu'on ait pu y voir le principal mal à éliminer. À cette époque-là, on ne pouvait pas plus s'attendre à ce qu'une assemblée législative inclue dans la loi les effets et les intentions de la discrimination qu'on ne pouvait s'attendre à ce qu'un juge de common law du XVIII[e] siècle traitant des cas courants d'atteinte directe prévoie l'atteinte indirecte et la mise en place subséquente du droit de la négligence.

Vu l'incertitude existant à l'époque au sujet de la discrimination, il serait injuste de reprocher aux assemblées législatives de ne pas avoir entrepris de définir ce concept. Cela ne veut toutefois pas dire que leur approche échappe à toute critique.

Tout en refusant de définir explicitement le concept, elles ont exprimé implicitement une conception limitée en appuyant la clause limitative sur une compréhension étroite de la notion de discrimination. Quand un tribunal qui suit le modèle ascendant se contente d'annoncer un résultat pour une situation donnée au lieu de contribuer à l'élaboration continue d'une théorie, cela laisse généralement entendre que les tribunaux qui interviendront ultérieurement auront pleinement le droit de tenir compte des situations nouvelles ou d'essayer de rationaliser davantage la jurisprudence existante. Pourtant, quand une assemblée législative établit des règles précises pour des cas particuliers, on estime habituellement qu'elle interdit la réglementation des situations non visées par la loi. Selon la conception démocratique de la légitimité, il revient à l'assemblée législative de décider comment et quand la loi doit être élargie. La création de lois plus précises que le sujet ne le justifie raisonnablement empêche l'évolution organique du droit. Au lieu d'être modifié et adapté graduellement, celui-ci passe brusquement d'un plateau à un autre. Si les juges essaient d'adapter le droit au contexte social, leurs efforts risquent de provoquer des crises inutiles de légitimité. Par ailleurs, la rédaction des lois se prête mal à l'inclusion d'explications théoriques détaillées sur l'état du droit. La tâche de mieux comprendre les raisons qui sous-tendent une loi revient habituellement au processus judiciaire. Si toutefois la précision excessive de la loi empêche les juges d'approfondir cette compréhension parce qu'elle encourage seulement la compartimentation ou l'interprétation étroite, la théorie établie par le droit reste insuffisante.

Comme il est impossible de définir de façon précise les droits et les responsabilités qui forment le droit relatif à la discrimination, les lois qui concernent ce domaine doivent être rédigées en conséquence. Cela apparaît avec évidence si on conçoit le droit relatif à la discrimination comme une extension des obligations non volontaires qui forment le cœur du droit de la responsabilité civile délictuelle, lequel se charge de définir de façon continue les devoirs généraux des membres de la société les uns envers les autres pour assurer le bien-être de chacun. Historiquement, le droit de la responsabilité civile délictuelle a concentré son attention sur la protection de la sécurité physique et de la sécurité des biens, mais il a commencé à s'occuper des intérêts purement économiques[65] et, plus lentement, des dommages moraux[66] qui résultent souvent d'une atteinte à la dignité. La portée de l'obligation involontaire s'est considérablement étendue pendant le dernier siècle. Tout au long de son développement, ce type de droit a donné lieu à une bataille constante pour déterminer les obligations vraiment involontaires, celles auxquelles on peut déroger en vertu d'un contrat ou celles qui découlent uniquement d'une entente. Dans le cadre des lois sur les droits de la personne, le droit relatif à l'obligation involontaire s'est élargi pour protéger divers intérêts touchant la dignité, l'emploi, le logement et l'accès aux services. Ce faisant, il a dû affronter bon nombre des tensions caractéristiques du droit de la responsabilité civile délictuelle qui, comme on le reconnaît depuis longtemps, est impossible à définir[67]. Pour pallier à cette impossibilité, on a tendance à construire une doctrine centrée sur les intérêts des personnes à recevoir et à assurer une certaine forme de protection, de même que sur le besoin de mettre ces intérêts en équilibre pour garantir un traitement équitable. Cette doctrine est l'aboutissement général des efforts successifs déployés pour convertir les résultats de certains cas particuliers en principes plus généraux censés les expliquer. C'est précisément parce qu'il est impossible de définir avec précision les intérêts des deux parties que le processus reste ouvert,

l'apparition de tout nouveau préjudice donnant lieu à un réexamen des intérêts opposés et légitimes en jeu.

S'il est exact de dire que le droit relatif à la discrimination est une partie législative du droit de l'obligation involontaire traditionnellement associé au droit de la responsabilité civile délictuelle et qu'il partage son imprécision et sa structure conceptuelle, il s'ensuit que l'élaboration du droit et des normes dans le domaine de la discrimination et dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle doit se faire de façon similaire. Dans ce dernier domaine, la méthode ascendante est de rigueur puisque l'administration des délits relève des tribunaux. Faute de renvoyer ces questions devant les cours de common law, — stratégie dont les nombreuses incidences institutionnelles et politiques dépassent le sujet du présent document —, l'assemblée législative pourrait élaborer une loi sur la discrimination qui reproduise dans une certaine mesure le processus ascendant. Cette loi déterminerait en termes généraux les intérêts individuels que la législation cherche à protéger de même que les intérêts opposés et légitimes en jeu, et formulerait les principes généraux appelés à guider la création d'un ensemble de droits et de devoirs; elle laisserait toutefois aux juges la tâche de cerner l'ensemble des répercussions dans une situation donnée et de déterminer l'équilibre adéquat entre les divers intérêts. Vu l'imprécision considérable qui caractérise notre vision de ces questions, il serait sage de formuler ces intérêts généraux d'une manière qui permette d'évoluer à mesure que des situations particulières les précisent. Les motifs invoqués dans chaque cas permettraient avec le temps d'élaborer une théorie plus complète de l'égalité et de son rôle dans la réglementation des interactions humaines.

L'assemblée législative pourrait par exemple décrire de façon abstraite les préjudices pertinents en y incluant, premièrement, l'atteinte à la dignité et deuxièmement, le refus de la possibilité de participer pleinement à des aspects importants de la vie sociale. Cette formulation aurait l'avantage d'inclure les cas courants de discrimination fondés sur des préjugés et de pouvoir s'étendre à de nouveaux scénarios comme celui de la cause *O'Malley*. Elle permettrait aussi d'inclure une exception qui serait l'équivalent législatif de l'exception créée par les juges dans la cause *O'Malley* : l'élément illicite est l'empêchement *déraisonnable* de la participation; aucune responsabilité n'est imputée si le mis en cause peut démontrer qu'il avait une raison légitime d'agir comme il l'a fait et qu'il ne pouvait pas agir autrement sous peine de s'infliger des difficultés excessives. Pour atténuer les inquiétudes de ceux ou de celles qui jugent trop vague la formulation de cette « règle », je citerai une fois de plus l'exemple du droit de la responsabilité civile délictuelle. Chacun sait que le principe du prochain ne peut être appliqué comme une règle et pourtant, il forme le fondement du droit de la négligence. À proprement parler, il n'est pas vrai que le fait de causer un dommage prévisible entraîne toujours une responsabilité, et pourtant la mise en équilibre des intérêts opposés exprimée dans le principe crée le cadre au sein duquel on élabore des perfectionnements et des dérogations.

Les réflexions présentées ici ne représentent bien sûr qu'une première étape tout à fait modeste dans la tentative de reformuler les normes juridiques relatives à la discrimination. Une étude approfondie demanderait de revoir tous les secteurs de responsabilité reconnus, de les décomposer et de convertir tous les exemples d'application vérifiés en principes plus généraux capables d'évoluer. Le fait de légiférer

de façon aussi ouverte peut soulever des questions de légitimité parce qu'il confère un pouvoir discrétionnaire considérable aux juges. Toutefois, cela ne signifie pas que, dans ce domaine, l'assemblée législative doive renoncer davantage à toute responsabilité morale et politique qu'elle ne le fait habituellement pour la réglementation dans le cadre de la common law. L'assemblée législative conserve la latitude de surveiller l'élaboration du cadre par les juges et, au besoin, de modifier la législation pour fermer une porte imprudemment ouverte par ceux-ci ou pour ouvrir plus grande une autre porte laissée fermée par excès de timidité. Vu le scepticisme traditionnel manifesté, au moins dans certains milieux, à l'égard de la légitimité des décisions prises par les tribunaux administratifs dans un domaine aussi important, il serait bon que, tout en conservant le droit d'exercer une supervision, les assemblées législatives affirment clairement qu'elles confèrent aux juges le pouvoir discrétionnaire de modeler les principes organiques établis pour régler équitablement les conflits qui leur sont confiés[68].

VII. Conclusion

Forts de plus de cinquante années d'expérience en matière de discrimination, nous avons, je crois, dépassé le stade où, pour élaborer le droit, on faisait appel à la machine législative pour inscrire de nouveaux compartiments dans la loi chaque fois qu'un nouveau type de situation digne d'intérêt se présentait. Le moment de changer est arrivé. Le phénomène de la discrimination — où les titulaires de postes conférant un certain pouvoir refusent la pleine participation et le statut de personne à part entière aux membres de la société en position relative d'infériorité — est impossible à codifier en termes aussi précis qu'on a eu coutume de le faire. Rétrospectivement, on pourrait presque croire que la stratégie d'élaboration du droit a été si mal conçue parce que les assemblées législatives ont voulu devancer la réticence initiale des juges à élaborer l'action pour atteinte indirecte en promulguant une loi sur la négligence. On peut imaginer ce à quoi aurait ressemblé la législation sur la négligence : d'abord une loi imposant une responsabilité aux conducteurs de voitures à cheval, mise à jour plus tard pour inclure les automobiles; puis une autre loi pour les fabricants de produits d'entretien; une autre encore pour les propriétaires, suivie par une loi pour les compagnies de construction, puis par une autre pour les comptables, chacune de ces lois précisant ce que l'on entend par « négligence » au moment de sa rédaction et devant être constamment mise à jour pour inclure les nouvelles formes de négligence issues du contexte. Vu l'ingéniosité infinie dont l'espèce humaine sait faire preuve pour découvrir de nouveaux moyens de se faire mal, cette approche de la négligence aurait été démente.

Chargés de façonner les principes généraux destinés à maintenir le droit en harmonie avec le contexte social de chaque époque, les juges des cours de common law se sont montrés plus ou moins à la hauteur de leur tâche[69]. Au cours de ce processus, ils ont pris l'habitude de voir ces principes de façon créative et notre connaissance des fondements normatifs qui régissent les relations potentiellement préjudiciables entre les personnes s'est accrue. Il est permis de penser que cette

évolution atténuera les réticences à l'égard des décisions prises par les tribunaux en augmentant la transparence des débats sur les valeurs sous-jacentes. Le temps est venu de reconnaître que le droit relatif à la discrimination tente de définir l'attention que nous devons porter au bien-être d'autrui. Comme les particularités des relations humaines susceptibles de donner lieu à une plainte pour discrimination sont aussi illimitées que celles qui interviennent dans le contexte de la négligence ou, plus généralement, de la responsabilité civile délictuelle, elles sont tout aussi indéfinissables. Vu l'ouverture du projet entrepris, la création de normes demande de la souplesse. Comme l'a dit Lord Macmillan, « les catégories de négligence ne sont jamais closes »[70]. Nous devons trouver une manière de formuler le droit relatif à la discrimination qui nous permette de dire que les catégories de discrimination ne sont jamais closes elles non plus.

La mise en place d'une culture de discussion raisonnée des principes juridiques touchant la discrimination peut contribuer à mieux enraciner ces principes dans la conscience juridique. Si, au lieu d'établir des règles sur la responsabilité en matière de discrimination vues comme des compartiments plus ou moins arbitraires, on considère l'interprétation, l'évolution et l'extension des principes comme partie intégrante du débat au même titre que pour d'autres principes juridiques importants, cela peut contribuer à restreindre la tendance de certains milieux à résister à l'imposition de normes en matière de discrimination pour pouvoir rejeter les lois sur les droits de la personne sous prétexte qu'elles se plient aux exigences de certains « groupes d'intérêts ». Si le droit relatif à la discrimination ne s'appuie pas sur des fondements bien définis, il ne peut qu'osciller entre des camps politiques opposés qui essaient de faire inscrire leurs compartiments préférés dans la loi. Le rôle des valeurs égalitaires dans la définition des droits des citoyens et de leurs obligations réciproques est trop important pour qu'on n'essaie pas de faire mieux.

Notes de fin de document

* Je tiens à remercier la Commission du droit du Canada, l'Association canadienne des professeurs de droit, l'Association canadienne droit et société et le Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada d'avoir soutenu l'initiative « Perspectivres juridiques » qui m'a incitée à exposer les idées présentées ici. Mes remerciements vont aussi à Katrina Wyman, Nitya Iyer, Sujit Choudhry et Amnon Reichman pour leurs commentaires perspicaces sur une ébauche précédente, ainsi qu'à Katrina Wyman et à David Halpern pour l'aide précieuse qu'ils m'ont apportée dans ma recherche.

[1] On trouvera un historique de la législation dans W. Tarnopolsky et W.F. Pentney, *Discrimination and the Law*, Scarborough, Carswell, 1994, c. 1.

[2] *Bhadauria c. Board of Governors of Seneca College* [1981], 2 R.C.S. 181.

[3] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p.124.

[4] Pour de plus amples informations sur la lutte entre ces deux traditions de la pensée juridique, voir Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

[5] On trouvera dans Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1996, c. 1, un récent essai d'analyse des différents rôles que jouent les règles, les normes, les principes et les facteurs dans le raisonnement juridique.

[6] *Hart*, voir note 3 ci-dessus, p. 128.

[7] *Sunstein*, voir note 5 ci-dessus, c. 2, où l'auteur considère ces circonstances comme des situations insuffisamment appuyées sur une théorie.

[8] [1932] A.C. 562.

[9] *Ibid.*, p. 580.

[10] *Ibid.*

[11] On trouvera dans *Postema*, voir note 4 ci-dessus, p. 30-38, un exposé sur les racines blackstoniennes du lien entre les cas concrets et les principes plus généraux.

[12] *Donoghue c. Stephenson*, voir note 8 ci-dessus, p. 580.

[13] Même si Sunstein soutient que les règles équivalant à des jugements incomplètement appuyés sur une théorie sont fréquentes en droit et même essentielles pour que le système puisse contenir les diverses pressions politiques auxquelles il est soumis, le désir de s'élever à un niveau plus complètement fondé sur une théorie me semble aussi très répandu. Cela ne veut pas dire que chaque juge confronté à une question controversée essaie d'atteindre ce niveau, ni que chaque tentative réussit. Mais ce n'est pas par hasard que les moments importants de l'élaboration d'un système juridique se caractérisent habituellement par cette tentative. *Sunstein*, voir note 5 ci-dessus, c. 2.

[14] Voir note 8 ci-dessus, p. 566.

[15] *Ibid.*, p. 567.

[16] *Hart*, voir note 3 ci-dessus, p. 130.

[17] Je me reporterai principalement à la législation de l'Ontario, mais pratiquement tous les codes canadiens suivent le même cheminement.

[18] Il arrive dans de rares cas qu'un plaignant ou une plaignante puisse invoquer la Charte pour combler une lacune dans la loi. Cela s'est produit dans la cause *Vriend c. Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta*, [1998], 1 R.C.S. 493. L'analyse du bien-fondé d'une intervention en vertu de la Charte dans de tels cas devrait s'appuyer sur une recherche des principes sous-jacents aux litiges concernant l'égalité. Toutefois, pour la moyenne des plaignants ou des plaignantes qui intentent une action pour discrimination, les litiges fondés sur la Charte constituent le moyen le plus coûteux et le moins accessible d'élaborer des normes juridictionnelles.

[19] [1940] R.C.S. 139. L'examen le plus complet du cas se trouve dans James Walker, *Race Rights and the Law in the Supreme Court of Canada*, Osgoode Society for Canadian Legal History and Wilfrid Laurier University Press, 1997.

[20] *Tarnopolsky et Pentney*, voir note 1 ci-dessus, p. 1-24.

[21] Selon James Walker, l'assemblée législative n'avait pas au début très envie d'intervenir, préférant refiler la responsabilité aux tribunaux. Voir *Race, Rights and the Law*, note 19 ci-dessus, p. 143-44.

[22] Cette tâche a été exécutée par Amnon Reichman, « Overlooking the Common Law: The False Premise of *Vriend* » (manuscrit conservé par l'auteur) et par H.L. Molot, « The Duty of Business to Serve the Public: Analogy to the Innkeeper's Obligation », 1968, 46 Revue du Barreau canadien, p. 612.

[23] Encore une fois, même si je fais l'éloge de la méthode ascendante habituellement considérée comme propre aux cours de common law, je ne cherche pas à passer sous silence les imperfections de ces cours dans l'histoire. Je tiens à établir une distinction entre les méthodes de la common law et les valeurs politiques ultra-conservatrices de laisser-faire sur lesquelles elle s'est parfois appuyée. Selon moi, cela ressemble aux cas où une assemblée législative utilise la méthode descendante pour mettre en place un cadre juridique progressiste, alors qu'une autre s'en sert dans le cadre d'un programme conservateur.

[24] Je m'appuie ici sur un argument de Neena Gupta, *Reconsidering Bhadauria: A Re-examination of the Roles of the Ontario Human Rights Commission and the Courts in the Fight Against Discrimination*, thèse de maîtrise de droit, Faculté de droit, Université de Toronto, 1993, chapitre 4.

[25] Selon Michel Morin dans « Portalis c. Bentham? : De la souplesse des systèmes de droit codifié » (manuscrit conservé par l'auteur), un autre document produit pour l'initiative Perspectives juridiques de la Commission du droit, l'approche que je suggère a beaucoup de traits communs avec celle de Portalis, célèbre rédacteur du premier Code civil français; cela confirme peut-être que la méthode de la common law sur laquelle je m'appuie et la démarche de codification qui servait de cadre aux travaux de Portalis ne doivent pas nécessairement être considérées comme des méthodes de création de normes très différentes.

[26] L.O. 1944, c. 51.

[27] L.O. 1951, c. 24.

[28] L.O. 1951, c. 26.

[29] *Fair Accommodation Practices Act, 1954*, L.O. 1954, c. 28.

[30] *Fair Accommodation Practices Amendment Act, 1960-61*, L.O. 1960-61, c. 28.

[31] Voir *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 102 D.L.R. (3e) 303 (C.A.); *Re Cummings and Ontario Minor Hockey Association* (1979), 26 O.R. (2e) 7 (C.A.) La législation a été modifiée en 1981, voir L.O. 1981, c. 53, art. 1. En recommandant cet élargissement, la Commission des droits de la personne de l'Ontario a dans son rapport de 1977 intitulé *Vivre ensemble : un rapport sur les droits de l'homme en Ontario* (Thomas Symons, président, Ontario, Imprimeur de la Reine, 1977) souligné que le fait de limiter l'accès aux endroits où le public est habituellement admis « fait particulièrement référence dans les années 50 et 60 à l'élimination de la discrimination dans les hôtels et les restaurants » (p. 48), ces milieux mêmes où les juges de common law ont omis d'agir et ainsi provoqué l'initiative législative.

[32] L.O. 1961-62, c. 93.

[33] *Fair Employment Practices Act, 1951*, voir ci-dessus note 27.

[34] *The Age Discrimination Act, 1966*, L.O. 1966, c. 3, art. 2

[35] L.O. 1972, c. 119.

[36] *Code des droits de la personne de 1981*, L.O. 1981, c. 53

[37] *Loi de 1986 modifiant les lois en ce qui concerne les droits à l'égalité*, L.O. 1986, c. 64.

[38] *Vivre ensemble*, voir ci-dessus note 31, p. 8.

[39] Voir aussi *Gupta*, note 24 ci-dessus. Les cas d'espèce faisant autorité sont *Ontario (Commission des droits de la personne) c. Vogue Shoes* (1991), 14 C.H.R.R. D/425, et *Davison c. St. Paul Lutheran Home of Melville, Sask.* (1993) 19 C.H.R.R. D/437. On pourrait en dire autant des tentatives de présenter la discrimination fondée sur la grossesse et le harcèlement sexuel comme une discrimination fondée sur le sexe, ou encore la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle comme une discrimination fondée sur la situation de famille. Certaines tentatives ont réussi dans le premier cas, notamment dans *Brooks c. Canada Safeway*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Janzen c. Platy Enterprises* (1989), 59 D.L.R. (4e) 352 (C.S.C.), mais pas dans le second (*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554).

[40] La définition complète est la suivante : par. 10 (1) : « à cause d'un handicap » En raison de l'existence présumée ou réelle, actuelle ou antérieure, de l'une des affections suivantes :

(a) tout degré d'incapacité physique, d'infirmité, de malformation ou de défigurement dû à une lésion corporelle, une anomalie congénitale ou une maladie et, notamment, le diabète sucré, l'épilepsie, tout degré de paralysie, une amputation, l'incoordination motrice, la cécité ou une déficience visuelle, la surdité ou une déficience auditive, la mutité ou un trouble de la parole, ou la nécessité de recourir à un chien-guide, à un fauteuil roulant ou à un autre appareil ou dispositif correctif,

(b) un état de déficience ou d'affaiblissement mental,

(c) une difficulté d'apprentissage ou un dysfonctionnement d'un ou de plusieurs des processus de la compréhension ou de l'utilisation de symboles ou de la langue parlée,

(d) un trouble mental,

(e) une lésion ou une incapacité pour laquelle des prestations ont été demandées ou reçues en vertu de la *Loi sur les accidents du travail*.

[41] J. Paul R. Howard, « Incomplete and Indifferent: The Law's Recognition of Obesity Discrimination » (1995), 17 Advocates Quarterly, p. 338.

[42] *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

[43] Nitya Iyer (Duclos), « Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases », 1993, 6 R.J.F.D., p. 25.

[44] La même tendance semble exister dans les cas où on ne s'entend pas tout à fait sur l'à-propos de conclure à une discrimination fondée sur un motif illicite ou d'attribuer le comportement du mis en cause à une caractéristique non protégée par le droit. Comme l'illustre la cause *Mossop*, voir ci-dessus note 38, cela peut avoir pour résultat de placer le plaignant dans le compartiment « pas de responsabilité » par une décision voulant que la discrimination présumée ait été fondée sur un motif non illicite. On trouvera une étude de cette

tendance dans Nitya Iyer, « Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity », 1994, 19 Q.L.J., p. 194 et suivantes.

[46] *Iyer*, *ibid.*, p. 192-93.

[46] (1989), 10 C.H.R.R. D/5871.

[47] 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976).

[48] *Iyer*, voir ci-dessus note 43 p. 34, 43; *Iyer*, voir ci-dessus note 44.

[49] *Iyer*, voir ci-dessus note 44, utilise l'image de « poches » pour exprimer l'impossibilité physique d'occuper deux catégories en même temps.

[50] Je tiens à souligner qu'il ne s'agit que d'une partie de l'objet du droit relatif à la discrimination. Je ne voudrais pas qu'on pense qu'à mon avis, ce droit se limite à la réglementation des comportements fanatiques.

[51] Bien sûr, le débat se poursuit activement au sujet des limites de la simultanéité — c'est-à-dire au sujet des circonstances où un verdict de responsabilité civile délictuelle affaiblit de façon inacceptable la règle d'exclusion formulée dans un contrat. Dans ces cas, on doit décider quel motif de responsabilité a la priorité. Mais je ne parviens pas à imaginer de conflit possible entre un verdict de responsabilité en raison d'une discrimination fondée sur des motifs raciaux et un verdict de responsabilité en raison d'une discrimination fondée sur une déficience.

[52] Si toutefois on se concentre exclusivement sur le préjudice que constitue l'entrave aux objectifs tangibles du plaignant ou de la plaignante, à savoir l'obtention d'un service particulier, ces cas représentent un préjudice surdéterminé par une conduite préjudiciable. Si nous pensons que la réparation d'une plainte consiste à redonner à la personne la position qui aurait été la sienne si l'acte préjudiciable n'avait pas eu lieu, le plaignant ou la plaignante n'a droit qu'à une seule réparation pour le préjudice de ne pas avoir eu le droit d'effectuer un achat. Les doubles motifs du mis en cause n'aggravent pas cet aspect du préjudice subi. On omet souvent de distinguer clairement les deux types (ou plus) de préjudices causés par la discrimination. Une autre manière d'exprimer la critique formulée ici serait de dire que la culture de compartimentation a empêché les juges d'entreprendre une étude plus raisonnée des préjudices que doit réparer le droit relatif à la discrimination. Comme toujours, la conception des intérêts humains protégés par une cause d'action va de pair avec l'énoncé des préjudices qui donnent droit à une réparation légale.

[53] Voir ci-dessus note 43, p. 41.

[54] *Ibid.* De la même façon, comme le souligne Iyer, il serait bon de comprendre de façon plus nuancée le harcèlement sexuel afin de déterminer la part des stéréotypes raciaux et autres dans ce comportement et leur contribution au préjudice subi par la victime.

[55] Cette formulation ne répond pas clairement aux nombreuses questions complexes sur le motif des actes qui créent une discrimination indirecte, mais nous allons l'utiliser pour les fins actuelles.

[56] Comme *Tarnopolsky* et *Pentney* l'ont souligné, voir ci-dessus note 1 dans 4-1, cette absence de définition est vraie pour toutes les lois, sauf celles du Manitoba et du Québec.

[57] *O'Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (C.S.C.), *rev'g* (1982), 38 O.R. (2e) 423 (C.A. de l'Ont.), *aff'g* (1982), 36 O.R. (2e) 59 (Cour div. de l'Ont.), *aff'g* (1980), 2 C.H.R.R. D/267 (Comm. d'enquête).

[58] *O'Malley c. Simpsons-Sears* (1980), 2 C.H.R.R. D/267 dans D/268.

[59] (1982), 36 O.R. (2e) 59.

[60] (1982), 38 O.R. (2e) 423.

[61] [1985] 2 R.C.S. 536

[62] L.O. 1981, c. 53, art. 10 (maintenant art. 11) modifiée, *Loi modifiant des lois en ce qui concerne les droits à l'égalité*, L.O. 1986, c. 64.

[63] Quand, plus tard dans la cause *Bhinder c. Chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, la Cour suprême a statué que ces dispenses générales à l'obligation de ne pas exercer de discrimination s'appliquaient à l'ensemble des politiques de l'employeur plutôt qu'à des individus et, de cette façon, a supprimé la possibilité d'une obligation d'accommodement créée dans *O'Malley*, l'assemblée législative s'est vue obligée de réviser la loi une fois de plus.

[64] W. Tarnopolsky et W.F. Pentney, *Discrimination and the Law*, voir ci-dessus note 1 dans 4-1 – 4-4; Beatrice Vizkelety, *Proving Discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987, p. 36; J. Keene, *Human Rights in Ontario*, Toronto, Carswell, 1992, p. 6.

[65] Les tribunaux de certaines compétences vont plus loin que d'autres. Après avoir commencé par prendre des décisions faisant autorité dans les cas d'espèce *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 et *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] 1 A.C. 520, la Chambre des Lords britannique a réduit considérablement la portée de la réparation pour perte purement économique. Voir *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908. Toutefois, les tribunaux du Canada, d'Australie et de Nouvelle-Zélande continuent prudemment d'étendre les obligations dans ce domaine. Dans le contexte canadien, voir *Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship* (1992), 91 D.L.R. (4e) 289 (C.S.C.), *Winnipeg Condominium Corp. No. 36 c. Bird Construction* (1995), 121 D.L.R. (4e) 193 (C.S.C.) et *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210.

[66] Cette évolution a eu lieu pour répondre au délit d'avoir infligé intentionnellement un choc nerveux, souvent désignée dans les décisions plus récentes comme le fait d'avoir infligé intentionnellement un trouble émotif. Voir par exemple *Rahemtulla c. Vanfed Credit Union*, [1984] 3 W.W.R. 310 (B.C.S.C.); *Canada c. Boothman* (1993), 49 C.C.E.L. 109 (Fed. T.D.); *Clark c. la Reine* (1994), 94 C.L.L.C. 14,028 (Fed. T.D.).

[67] On trouvera dans Percy H. Winfield, *The Province of the Law of Tort*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931, une tentative pleinement consciente de l'impossibilité de cette tâche.

[68] On pourrait bien sûr débattre de façon plus large du degré de discrétion à accorder aux tribunaux administratifs et de la manière dont ces tribunaux devraient être conçus pour se montrer à la hauteur de leur tâche. Ces questions devront attendre une autre occasion.

[69] Parfois plus et parfois moins. Je ne nie pas que certains accommodements ou certains refus d'accommodement ont parfois donné lieu à d'intenses controverses. Mais ces controverses sont considérées comme une partie du processus et comme une source d'apprentissage pour les tribunaux et les autres participants juridiques.

[70] *Donoghue c. Stephenson*, voir ci-dessus note 8, p. 619.

Protection des renseignements personnels et commerce électronique : légiférer sur les conflits d'intérêts

Teresa Scassa
Faculté de droit de
l'Université Dalhousie

I. Introduction 252

II. L'essence normative du projet de loi : Le code type de l'Association canadienne de normalisation (CSA) 253

III. Ambivalence sur l'objet 257

IV. Définition de la vie privée 259

V. La place de la personne 261

VI. Intérêts pour la protection de la vie privée 261

VII. Langue normative 264

VIII. Amendements au projet de loi 266

IX. Aspects globaux 267

X. Conclusion 270

Notes de fin de document 271

I. Introduction

À l'automne de 1998, le gouvernement fédéral a déposé au Parlement en version provisoire le projet de loi C-54, *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*. Le projet de loi, chaudement débattu et abondamment amendé, n'a pas été adopté avant la fin des travaux parlementaires du printemps 1999. La controverse au sujet du projet de loi n'est pas étonnante compte tenu de ce sur quoi elle porte; le projet a fait la manchette parce qu'il essaie d'établir une norme nationale visant à protéger les données personnelles de la collecte, de l'utilisation et de la communication indues[1] de la part du secteur privé. Il n'est pas étonnant que l'on ait contesté l'essentiel du projet de loi. Selon certains, il n'allait pas assez loin, tandis que d'autres lui voyaient trop de mordant et certains le jugeaient tout simplement inutile. Les débats reprendront à l'automne de1999, car le bruit court que le projet de loi sera à nouveau présenté à la reprise des travaux du Parlement[2].

Même s'il prête à controverse, le projet de loi C-54 n'est pas intéressant uniquement à cause de son contenu. Par sa forme et sa structure, il soulève de nombreuses questions concernant le rôle de l'industrie dans l'élaboration de règles normatives, les relations entre l'industrie, le cabinet et le pouvoir législatif, la capacité de ce dernier d'utiliser les formes classiques de mesures législatives pour faire face aux changements sociaux et technologiques rapides et l'effet de la mondialisation sur le processus législatif dans un cadre fédéraliste. De plus, les fins officielles du projet de loi rendent compte d'une ambivalence essentielle sur son rôle et donnent peut-être un indice des conflits d'intérêts inhérents dans la réglementation gouvernementale sur la protection des renseignements personnels. Au présent document, nous comptons analyser les enjeux soulevés par le projet de loi C-54.

Il faut mentionner dès le départ que selon nous, la protection des renseignements personnels est une question de droits fondamentaux de la personne. Voilà pourquoi j'estime que les lois de protection des renseignements personnels appartiennent, selon le genre législatif, à la catégorie des lois sur les droits de la personne. Dans une certaine mesure, mon analyse du projet de loi est légèrement biaisée parce que ce dernier, pour toute une gamme de raisons, entre très mal dans cette catégorie. À commencer par le fait que le projet de loi est présenté par le ministère de l'Industrie, plutôt que celui de la Justice, jusqu'à la forme et au style de la rédaction, ce projet de loi est une curiosité législative. Peut-être est-ce le reflet des forces doubles de la technologie et de la mondialisation qui l'ont rendu nécessaire. Peut-être est-ce également attribuable au fait que cette loi porte sur un thème qui est déjà parvenu au-delà de la portée curative de la loi[3]. Dans un article récent sur la confidentialité de l'information, le rédacteur de la revue *The Economist* remarque ce qui suit : Malgré une pléthore de lois, de traités et de dispositions constitutionnelles, la protection des renseignements personnels connaît une érosion depuis des décennies. Cette tendance va probablement s'accélérer considérablement[4]. [Traduction] Le journaliste poursuit ainsi :

> Les porte-parole de l'entreprise et du gouvernement peuvent souvent trouver des moyens de retarder ou de contourner les demandes individuelles d'information. Mettre de l'ordre dans le flot montant de la collecte et du commerce des données est probablement au-delà de la capacité de n'importe quel gouvernement, sans une rupture si importante qu'elle pourrait stopper l'avance de la nouvelle économie de l'information[5]. [Traduction]

Fait intéressant, le projet de loi prétend à la fois protéger les renseignements personnels et faciliter le commerce électronique, prétentions qui pourraient bien être incompatibles.

II. L'essence normative du projet de loi : Le code type de l'Association canadienne de normalisation (CSA)

L'un des aspects officiels les plus intéressants du projet de loi est que les dispositions normatives touchant spécifiquement la protection des renseignements personnels ne figurent pas au texte proprement dit du projet de loi, mais plutôt en annexe. En effet, l'annexe 1 est le *Code type pour la protection des renseignements personnels* de l'Association canadienne de normalisation. Même si les articles numérotés du projet de loi font mention de l'annexe et, dans certains cas, contiennent des éclaircissements sur sa formulation ou en modifient les principes généraux[6], le projet de loi lui-même, sans l'annexe, ne comporte aucune disposition normative[7]. Il vaut donc la peine d'étudier le régime du Code de la CSA et de suivre son cheminement jusqu'à son intégration à la loi.

L'Association canadienne de normalisation (CSA), qui existe depuis 1919, est un organisme composé de membres bénévoles et sans but lucratif dont l'objectif est l'élaboration de normes et l'octroi d'accréditations. Selon ses propres documents, les normes rendent compte d'un consensus national des producteurs et des utilisateurs et sont largement utilisées dans l'industrie et le commerce[8]. La CSA élabore des normes dans une vaste gamme d'industries, de l'électricité aux sciences de la vie et à la gestion des affaires.

Au début des années 1990, la CSA a porté son attention sur l'élaboration d'une norme à l'égard des entreprises qui recueillaient, utilisaient ou diffusaient des renseignements personnels. À cette fin, la CSA a réuni des représentants de divers secteurs, notamment le secteur public, les industries (notamment transport, télécommunications, technologie de l'information, assurances, santé et banques), groupes de protection des consommateurs, syndicats et autres groupes de pression en général[9] pour amorcer des discussions sur l'élaboration d'un code commun. Le code qui a été préparé, c'est-à-dire le Code type de la CSA, faisait appel aux lignes directrices de l'OCDE sur la protection des renseignements personnels[10] comme point de départ. Il a été adopté par le Conseil canadien des normes en tant que norme nationale en 1996[11]. La désignation comme norme nationale n'est possible que lorsque certains critères sont satisfaits. En vertu de ces critères, la norme doit être élaborée par consensus d'un comité équilibré représentant les producteurs, les consommateurs et les autres intérêts pertinents. Elle doit

subir un mécanisme d'examen public [et] être offerte dans les deux langues officielles...[12] [Traduction]

Le Conseil canadien des normes (CCN) est une société d'État fédérale responsable devant le Parlement par l'entremise du ministre de l'Industrie. Son mandat fondamental est d'encourager une normalisation volontaire efficiente et efficace au Canada, dans les secteurs où la normalisation n'est pas expressément prévue par la loi[13]. D'après son mandat, le Conseil doit servir toute une gamme d'intérêts :

> Pour servir l'économie nationale, soutenir le développement durable, favoriser la santé, la sécurité et le bien-être des travailleurs et de la population, aider et protéger les consommateurs, faciliter le commerce intérieur et international et servir la coopération internationale relativement à la normalisation[14]. [Traduction]

Au mandat du CCN figure également l'élaboration de recommandations au ministre en matière de normalisation, notamment les normes volontaires qui se prêtent à une intégration par renvoi dans tout texte législatif[15].

Dans son *Document de discussion* sur la protection des renseignements personnels, le Groupe de travail sur le commerce électronique constatait que la norme de la CSA était la première à être reconnue comme norme nationale dans un pays et qu'elle avait suscité un vif intérêt de la part des autres pays et des organismes internationaux. En fait, l'Organisation internationale de normalisation (ISO) a voté en faveur de l'élaboration d'une norme internationale reposant sur le Code type de la CSA. Ce n'est pas là un fait divers négligeable. Puisque le gouvernement du Canada essaie de devenir un intervenant important dans le commerce électronique mondial, l'acceptation d'une norme canadienne de protection des données et des renseignements personnels serait une réalisation importante. Si cette norme était en fait au cœur des lois canadiennes de protection des renseignements personnels, on pourrait supposer que le gouvernement serait à même d'affirmer que sa loi a établi une norme internationale pour aborder les questions de protection de l'information. De plus, ainsi que le faisait remarquer le groupe de travail, dans le contexte uniquement du Code type de la CSA, si l'ISO accepte la norme de la CSA comme base d'une norme internationale, les entreprises canadiennes qui ont déjà adhéré aux principes de cette norme en tireront un avantage appréciable[16]. Ainsi, il existe à la fois des motivations politiques et économiques qui sous-tendent le passage de la norme de la CSA d'un code volontaire à une loi.

Dans son *Document de discussion*, le Groupe de travail sur le commerce électronique faisait savoir qu'il s'efforçait de tirer parti du travail déjà abattu pour élaborer cette norme, ainsi que des travaux accomplis dans diverses industries pour la mettre en œuvre[17]. Même si cela renferme une certaine logique sur un plan, ce n'est pas une réponse complète justifiant pourquoi la norme de la CSA a été adoptée comme le centre normatif de la loi. En définitive, en s'efforçant de tirer parti des travaux déjà accomplis, le gouvernement disposait d'autres modèles législatifs à examiner, par exemple les lois sur la protection des renseignements personnels du secteur privé au Québec[18], la Directive européenne[19] et les efforts consacrés par divers pays d'Europe à la mise en œuvre de cette Directive européenne. Il est certain que d'autres modèles législatifs étaient bien davantage

orientés que le Code type de la CSA vers un équilibrage des intérêts complexes relativement aux renseignements personnels et qui se font concurrence dans une norme nationale sur la protection des renseignements personnels, le code étant avant tout un code industriel.

On indique au *Document de discussion* que les grandes lacunes de la norme de la CSA, du point de vue législatif, étaient son essence volontaire, le manque de vision et l'absence de disposition réparatrice à l'endroit des consommateurs. Il ne faut donc pas s'étonner que l'essentiel du projet de loi, hormis les parties importantes contenues à l'annexe 1, porte sur sa mise en œuvre (l'élargir à l'échelle du pays et l'appliquer aux organismes fédéraux et provinciaux) et vise à mettre en place un mécanisme de supervision et d'application. Les auteurs ont accordé beaucoup moins d'attention à la formulation d'exemptions s'adressant à des secteurs particuliers ou à des types d'utilisation, d'interrogation et de divulgation de l'information. Même si le projet de loi comporte certaines exemptions, elles sont beaucoup moins complètes que celles envisagées dans la Directive européenne, par exemple[20]. Elles sont également moins détaillées que celles de la loi québécoise[21]. Ce manque d'exhaustivité, dans le cas de l'application de la loi, est amplement illustré par la série de modifications déposée au Parlement pour corriger ces lacunes[22].

Devançant l'orientation politique que prendrait le gouvernement dans le projet de loi C-54, le groupe de travail servait d'excuse pour l'adoption de la norme de la CSA dans le projet de loi C-54. Il est précisé au *Document de discussion* :

> La norme de la CSA offre un certain nombre d'avantages comme point de départ d'une loi. Tout d'abord, elle est un consensus des intervenants clés du secteur privé, des consommateurs et autres groupes de pression publics et de certains organismes gouvernementaux. De plus, cette norme comporte de la souplesse; elle a été conçue pour servir de modèle à des codes industriels plus spécifiques. En outre, elle est neutre sur le plan technologique; ses principes vont au-delà des applications spécifiques à certaines industries... Une législation idéale pour le Canada, qui tire parti des succès de l'observation volontaire de la norme de la CSA tout en garantissant une mise en œuvre large et rapide[23]. [Traduction]

Ces justifications concernant l'adoption de cette norme exigent plus ample examen. Le premier point, celui du consensus, a une certaine valeur, la CSA ayant abordé l'élaboration du code en souhaitant recevoir de larges avis de l'industrie et des groupes de consommateurs[24]. Toutefois, l'objet de la norme était d'élaborer un code industriel et les groupes choisis pour y participer pourraient bien être différents de ceux dont on aurait cherché l'opinion dans la préparation de dispositions régissant la collecte, l'utilisation et la divulgation des renseignements personnels dans une gamme beaucoup plus vaste de secteurs.

La nature volontaire du code peut également avoir été un facteur important dans le type de normes qui en découlerait. Ainsi, l'approche qu'un groupe de consommateurs pourrait adopter pour obtenir des concessions de l'industrie à l'égard d'un code volontaire (où des normes strictes pourraient aboutir à une non-observation), pourrait bien être

différente de l'approche qui serait nécessaire pour faire pression et obtenir des mesures législatives obligatoires. Sans mécanisme officiel d'observation, il pourrait falloir une forte dose de concessions pour garantir un niveau d'observation de base. Par ailleurs, il est également intéressant de constater que parmi ces groupes du secteur privé mentionnés au *Document de discussion* et qui ont par vote accordé unanimement leur appui au Code de la CSA, certains ont soulevé des objections à ce que le code devienne loi dans le projet de loi C-54[25]. Par conséquent, la capacité de certains groupes industriels d'appuyer le code dépendait également de sa nature de norme fondée sur l'observation volontaire.

Bien qu'il s'agisse d'un document de consensus, le code n'a pas fait appel à la participation de tous les groupes qui seront en définitive touchés par le régime du projet de loi C-54. Des secteurs intéressés comme ceux de l'application de la loi, de la médecine et des chercheurs, n'ont pas fait partie du mécanisme d'élaboration de la norme de la CSA. Certains aspects particuliers touchant les besoins spéciaux des enfants en ce qui a trait à leurs renseignements personnels ne semblent pas avoir été débattus, même ceux dont les intérêts sont à la base d'un projet de loi déposé récemment au Congrès américain[26]. Les intérêts de ces diverses collectivités sont essentiels pour équilibrer les droits dans toute norme de ce genre et leur absence du consensus est importante.

Le dernier point apporté au *Document de discussion* en faveur du code, est sa neutralité sur le plan technique, ce qui, non plus, ne constitue pas un argument décisif. Même s'il est vrai que le code est écrit dans une langue générale reposant sur les principes et autorisant une application souple, il n'est pas certain que ce résultat n'aurait pas été possible dans les mécanismes normaux de rédaction ou en se fondant sur d'autres modèles législatifs utilisables. La neutralité technologique est une vertu, dans ce genre de mesure législative, mais il n'est pas impossible aux rédacteurs législatifs de parvenir à cette neutralité sans copier la norme de la CSA.

L'un des aspects clés dont le gouvernement a tenu compte pour choisir d'intégrer le Code type de la CSA a été probablement que c'était plus rapide. Le code existait déjà, avait été adopté par diverses entreprises du secteur privé. Dans un environnement où on ressentait une certaine urgence et où toute mesure législative concernant la protection des renseignements personnels recelait la possibilité de déranger énormément les pratiques commerciales en usage[27], le Code de la CSA offrait une voie expéditive, représentant un consensus partiel, et qui ne perturberait pas les entreprises qui s'étaient déjà efforcées de se conformer aux normes volontaires.

Après avoir fait valoir la norme de la CSA comme point de départ du projet de loi au *Document de discussion*, le Groupe de travail sur le commerce électronique a cherché à savoir si cette norme devait servir de base à la rédaction de la loi. Dans l'analyse détaillée des mémoires, le groupe de travail s'est efforcé de dresser la synthèse des réponses. Déclarant que l'idée de la loi recevait le plein appui de tous les commissaires à la protection des renseignements personnels, groupes de consommateurs, instituts publics, chercheurs universitaires, spécialistes de la protection de la vie privée, consultants et autres[28], le groupe de travail faisait remarquer que l'appui à la loi était beaucoup plus faible dans le secteur privé et dans les industries de la câblodistribution et des télécommunications sous régime fédéral. Dans ces secteurs, beaucoup étaient en faveur d'une autoréglementation,

de préférence à une loi. Le groupe de travail faisait remarquer que sans égard à leurs points de vue sur la nécessité d'une loi, virtuellement tous les répondants acceptaient la norme de la CSA en tant que point de départ adéquat[29].

Quoi qu'il en soit, il faut établir une certaine distinction entre un point de départ et un point d'arrivée. Même si nombre de groupes ont accepté la norme de la CSA comme étant un bon point de départ, cela ne veut pas dire qu'il y avait consensus sur l'adoption de cette norme en tant que centre normatif de toute mesure législative. En fait, pour la plupart, les groupes de consommateurs et les commissaires à la vie privée remarquaient qu'il y avait des lacunes importantes dans la norme de la CSA[30]. On regrettait son manque de précision dans divers domaines[31] et certains s'inquiétaient vivement de la définition de « consentement » au code[32].

Même en reconnaissant qu'il y a des avantages à utiliser la norme de la CSA comme cœur de la loi, certains problèmes demeurent concernant son approche expéditive/moins perturbatrice au processus législatif dans un domaine aussi essentiel que les préoccupations concernant les renseignements personnels. Pour diverses raisons abordées ici, ce malaise s'accentue. Même s'il demeure possible de déclarer de façon fataliste que les renseignements personnels sont, de toute façon, une chimère, il faut au moins dire quelque chose pour paraître faire l'effort de les protéger d'une manière convenant à une valeur essentielle de notre démocratie.

III. Ambivalence sur l'objet

Sous sa forme rédactionnelle, le projet de loi crée un certain niveau d'ambivalence entourant son objet. Cette ambivalence est accentuée par le fait que, selon toute probabilité, ceux qui ont comparu devant le Comité permanent et ont discuté du projet de loi au Parlement tenaient probablement des points de vue différents concernant l'objet du projet de loi. À l'origine de cette ambivalence demeure le fait que la rédaction des dispositions du projet de loi C-54 concernant la protection des renseignements personnels était manifestement motivée par divers facteurs différents. D'un certain point de vue, on pourrait dire que les préoccupations sur la protection des renseignements personnels et la menace posée par la collecte, le traitement, l'utilisation et la divulgation automatiques de vastes quantités de renseignements personnels étaient l'un des grands facteurs motivants de la loi. Il est évident que du point de vue de ceux qui défendent les renseignements personnels, c'était là une préoccupation essentielle. Flaherty fait remarquer que les sondages d'opinion publique continuent à laisser entrevoir que la protection des renseignements personnels est parmi les questions les plus importantes dans tous les pays d'Occident[33]. Dans son *Document de discussion*, le Groupe de travail sur le commerce électronique, en ce qui a trait à la protection des renseignements personnels et à leur confidentialité, a certainement lié la protection des renseignements personnels à des valeurs comme la liberté, la liberté d'expression et la liberté d'association[34]. Il faisait également remarquer que les répercussions que les données recueillies peuvent avoir sur

les décisions prises par d'autres et qui influent sur les particuliers sur les plans de leur situation sociale et économique.

Malgré les préoccupations publiques sur la protection des renseignements personnels, il est difficile, à l'examen du *Document de discussion*, d'y voir les préoccupations concernant les droits de la personne et la protection des renseignements personnels comme l'un des premiers facteurs justifiant l'introduction du projet de loi. En fait, même avant qu'il soit fait mention de l'importance fondamentale de la protection des renseignements personnels en tant que droit de la personne, les auteurs du *Document de discussion* font remarquer qu'un manque de confiance des consommateurs envers la protection des données personnelles par le secteur privé risque de nuire à la croissance du commerce électronique. Ainsi, les préoccupations des gens sur la protection des renseignements personnels semblent masquées par la menace que ces préoccupations, si elles ne sont pas estompées, poseraient au commerce électronique. Dans son discours au Comité de l'industrie sur le projet de loi C-54, le ministre Manley mentionnait que, pour que le commerce électronique puisse fleurir au Canada, les citoyens doivent avoir confiance à la façon dont leurs renseignements personnels seront recueillis, stockés et utilisés[35].

La primauté du commerce électronique sur les préoccupations de protection des renseignements personnels est également manifeste dans le fait que le projet de loi n'est pas un document homogène, mais plutôt deux éléments séparés et manifestement distincts fusionnés en un tout boiteux. La première partie du projet de loi a trait à la protection des données personnelles, tandis que la deuxième s'appelle *Loi sur les documents électroniques*. Ces deux parties ont peu en commun, à moins que l'on ne tienne compte du thème global du projet de loi qui est la promotion et la facilitation du commerce électronique. Ce n'est que si l'on songe aux mesures législatives visant la protection des renseignements personnels comme étant une loi sur les droits de la personne ou la protection des consommateurs que la combinaison devient discordante.

Cette primauté du commerce électronique est très apparente, car l'introduction du *Document de discussion* s'intitule : Pour une économie et une société de l'information au Canada. Le groupe de travail fait remarquer dans ce *Document de discussion* que, pour que le commerce électronique puisse fleurir au Canada, il exige un environnement clair, prévisible et favorable où les citoyens, les institutions et les entreprises peuvent être à l'aise, en sécurité et en confiance[36]. L'anthropomorphisme concernant les institutions et les entreprises est intéressant : elles deviennent moins l'objet de la réglementation dans l'intérêt public qu'une partie du public vulnérable que le pouvoir législatif doit s'efforcer de protéger. Les institutions, les citoyens et les entreprises se voient attribuer le même niveau de vulnérabilité.

Dans le *Document de discussion* et dans les communiqués du gouvernement concernant le dépôt du projet aux Communes, on fait ressortir le rôle du projet de loi pour permettre au Canada de devenir un meneur mondial dans le commerce électronique[37]. Au *Document de discussion*, on arbore la rhétorique sur la protection de la vie privée et le désir de faciliter la croissance économique dans ce secteur de telle manière que l'objet du projet

de loi devient de calmer, plutôt que de résoudre les préoccupations concernant la protection des renseignements personnels. D'une façon appropriée peut-être à son orientation de promotion du commerce, le projet de loi envisagé est décrit au *Document de discussion* comme devant être « léger mais efficace » dans une langue rappelant les allégations de marketing concernant les antisudorifiques ou les fixatifs en nébuliseur.

La façon dont le projet de loi est rédigé est très éclairante sur les priorités gouvernementales lorsqu'il l'a formulé. Absence remarquée du projet de loi, toute déclaration de principe touchant les valeurs fondamentales de la protection des renseignements personnels, des droits individuels ou de la liberté. Au lieu de cela, en préambule du projet de loi, on décrit, dans la première phrase, ce qu'il est : loi appuyant et favorisant le commerce électronique en protégeant les renseignements personnels. C'est un point qu'a également rappelé le bureau de la Commission québécoise de l'accès à l'information, dans son rapport sur le projet de loi C-54 :

> Contrairement à la loi québécoise qui se veut d'abord une loi de mise en application du droit à la vie privée et qui s'applique à l'ensemble des renseignements personnels détenus par le secteur privé, le projet de loi fédérale laisse clairement entrevoir que la notion de commercialité et d'échanges interprovinciaux ou internationaux en est le coeur [sic]. On peut donc présumer que l'application et l'interprétation de la loi fédérale seront fortement influencées par cette orientation spécifique[38].

Au projet de loi C-54, la protection des renseignements personnels est manifestement asservie au désir d'appuyer et de promouvoir le commerce électronique. Peut-être cela n'est-il pas étonnant compte tenu du rôle de premier plan accordé à Industrie Canada, plutôt qu'au ministère de la Justice, dans la rédaction de la loi.

IV. Définition de la vie privée

Si la protection de la vie privée était réellement l'objet principal du projet de loi, on pourrait s'attendre à un peu plus de précisions sur le concept lui-même et sur la nature de ce droit. Toutefois, tel n'est pas le cas. Exemple significatif, le titre du projet de loi ne fait aucune mention de la protection de la vie privée, mais plutôt de la protection des renseignements personnels, non de la vie privée[39]. C'est une formulation intéressante, car ce n'est pas vraiment l'information personnelle qui est vulnérable, mais plutôt la personne dont l'intimité est compromise par la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels. Signalons que les lignes directrices de l'OCDE et la loi québécoise sur la protection de la vie privée mentionnent expressément le concept dans leurs titres, tandis que la *Directive européenne* fait mention de la « protection des particuliers » en ce qui a trait au traitement de l'information personnelle. Ce n'est que dans le projet de loi canadien qu'on omet toute mention de protection de la vie privée ou de la personne dans le titre. Même si on ne peut tirer de conclusions claires simplement par le choix du titre, la dépersonnalisation du problème par concentration sur la protection de l'information plutôt

que des personnes est du moins troublante. Par contraste, la loi fédérale sur la protection de la vie privée, qui est également, dans le genre, une loi sur la protection des renseignements personnels, mentionne la protection de la vie privée à la fois dans le titre et dans son énoncé d'objet[40].

La première mention d'un droit à la vie privée dans le projet de loi C-54 figure à l'article 3, où il est dit que l'objet de cette partie est d'offrir aux Canadiens un droit à la vie privée en ce qui a trait aux renseignements personnels qui sont recueillis, utilisés ou communiqués dans un domaine dans lequel la technologie facilite de plus en plus la collecte et la libre circulation de l'information. On peut tirer de cette disposition deux conclusions. Tout d'abord, même si la protection de la vie privée est mentionnée, elle n'est pas définie. Bien sûr, le concept est vague et difficile à réduire à une simple définition. Quoi qu'il en soit, il serait sans doute valable d'essayer de préciser les valeurs qu'englobe le droit à la vie privée, particulièrement pour évaluer ou interpréter si les organismes se sont suffisamment conformés aux exigences de l'annexe 1. Au *Document de discussion*, on donne une définition assez générale (au glossaire) :

> **Protection de la vie privée** : Définie le plus souvent comme le droit à ne pas être dérangé, la protection de la vie privée est un terme générique englobant des éléments comme la confidentialité matérielle, la confidentialité des communications et la confidentialité des renseignements. La protection de la vie privée est liée à d'autres droits fondamentaux comme la liberté et l'autonomie individuelle[41].

Même si elle est un peu vague[42], cette définition précise au moins le fait que le concept de vie privée est complexe et a de vastes ramifications.

L'absence de définition au projet de loi C-54 peut s'expliquer par le lien explicite de la protection de la vie privée et de l'information personnelle, rétrécissant ainsi, pourrait-on dire, la portée de la définition du terme. Toutefois, la protection de l'information personnelle est un aspect important de la protection de la vie privée, particulièrement puisque les renseignements personnels sont définis à l'article 2 du projet de loi comme étant tout renseignement portant sur une personne identifiable, enregistré sous quelque forme que ce soit. En fait, au *Document de discussion*, on donne une définition distincte de la **confidentialité des renseignements** :

> **Confidentialité des renseignements** : Cette sous-catégorie de la protection de la vie privée concerne le droit des individus d'établir quand, comment et jusqu'à quel point ils communiqueront des renseignements à propos d'eux-mêmes à d'autres. La protection de la confidentialité des renseignements suppose la protection des renseignements personnels[43].

Est même absente du projet de loi la définition plus étroite de la confidentialité des renseignements.

On pourrait se demander quelle est l'importance réelle de l'absence de la définition de la protection de la vie privée. Manifestement, dans un projet de loi contenant des références aussi faibles à un droit à la protection de la vie privée, toute mention

supplémentaire aiderait à améliorer la situation de l'individu dans le cadre de la réglementation. La définition donnée par le groupe de travail à la confidentialité des renseignements fait de l'individu un intervenant autonome exerçant un contrôle sur ses renseignements personnels. Le projet de loi, dans sa rédaction actuelle, rend compte d'un modèle où les organismes agissent en relations avec l'information personnelle à l'intérieur de certains paramètres. Même les dispositions de consentement guident les organismes dans la façon dont elles peuvent obtenir le consentement des particuliers. L'absence de définition peut contribuer à ce déplacement de l'autonomie personnelle.

V. La place de la personne

À l'exception de l'article 3, aucune disposition du projet de loi ou de l'annexe 1 ne fait état des droits des particuliers. En fait, l'annexe est construite en fonction des obligations des organismes, plutôt que des droits des particuliers. Par exemple, au lieu de préciser qu'un particulier a le droit d'être informé des fins pour lesquelles l'information personnelle est recueillie, le principe 4.2 de l'annexe 1 est formulé en termes plus passifs : « Les fins auxquelles des renseignements personnels sont recueillis doivent être déterminées par l'organisation avant la collecte ou au moment de celle-ci. » Le particulier est absent de cette formulation, qui encadre une obligation plutôt qu'un droit[44]. C'est légèrement différent des autres lois protégeant les droits de la personne. Ainsi, la *Charte canadienne des droits et libertés* précise clairement les droits des particuliers. Les lois fédérales et provinciales sur les droits de la personne sont habituellement un mélange de droits et d'obligations. Ces lois, normalement, commencent par une déclaration des droits, précisés ultérieurement par une série d'obligations imposées au secteur réglementé. Par contre, au projet de loi C-54, il n'y a aucune déclaration du droit fondamental à la protection de la vie privée. Au lieu de cela, on laisse entrevoir que tout droit de ce genre découle de la loi elle-même, précisant que « l'objet de la présente partie est de garantir aux Canadiens un droit à la protection de la vie privée. » Par conséquent, le projet de loi devient la source et la limite de ce droit, plutôt qu'une définition des moyens par lesquels ont doit concrétiser ou protéger un droit fondamental existant.

VI. Intérêts pour la protection de la vie privée

L'une des justifications concernant l'adoption du Code de la CSA comme centre normatif du projet de loi était le fait qu'il était considéré comme un document de consensus obtenu par consultation auprès d'une vaste gamme de parties intéressées. Le Code de la CSA a donc été présenté au public dans le *Document de discussion* et on a demandé des opinions sur une gamme de questions, la première visant à savoir expressément si le Code de la CSA devrait être le point de départ de la loi[45].

On établit au projet de loi C-54 les normes de collecte, d'utilisation ou de divulgation des renseignements personnels par quiconque répondant à la définition d'organisation, ce qui comprend les « associations, sociétés de personnes, personnes et organisations syndicales ». Les dispositions normatives sont rédigées dans des termes assez larges et généraux afin que le projet de loi soit suffisamment souple pour s'adapter à la multiplicité des organisations canadiennes de collecte des données. Tandis que le projet de loi semble préciser ce qu'il protège (renseignements personnels) et ceux qui sont visés par la réglementation (organisations), il est beaucoup moins clair concernant la diversité d'intérêts existants relativement à l'information personnelle. C'est le manque de clarté qui peut-être directement attribuable au fait que les dispositions normatives du projet de loi sont importées en vrac dans un code élaboré en tant que norme industrielle. Comme il est précisé au *Document de discussion*, la CSA :

> a réuni des représentants du secteur public, des industries (notamment transport, télécommunications, technologie de l'information, assurances, santé et banques), des groupes de défense des consommateurs, des syndicats et d'autres groupes de pression en général afin de débattre de la nécessité d'un code commun pour protéger l'information personnelle dans le secteur privé[46].

Malgré la vaste représentation, par contre, il faut s'attendre qu'un groupe choisi pour élaborer un code type volontaire pour le secteur privé risque de ne pas tenir compte de toute la gamme des intérêts de protection de la vie privée susceptibles d'être touchés par une loi obligatoire régissant toutes les organisations définies au sens large.

On pourrait dire que les premiers intérêts en matière de protection de la vie privée sont ceux des « sujets » proprement dits des données, c'est-à-dire les consommateurs et citoyens ordinaires qui font l'objet de la collecte de renseignements personnels. Comme nous l'avons mentionné, cet intérêt est loin d'être clairement exprimé dans la loi. Même si, à l'annexe, on précise de façon raisonnablement claire les obligations des organisations qui recueillent les données ou renseignements personnels, ainsi que nous l'avons mentionné, on n'y encadre pas ces obligations sous l'éclairage des droits des particuliers. De plus, la loi ne comporte aucun énoncé décrivant ou définissant quelque intérêt sur la protection de la vie privée. Le *Code civil* du Québec, au contraire, contient des dispositions sur la protection de la vie privée qui sont la pierre angulaire de la loi québécoise de protection de la vie privée dans le secteur privé, exprime clairement que toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée[47]. De plus, l'article 36 du Code civil précise les actes qui constituent une invasion de la vie privée, tandis qu'aux articles 37 à 41, le législateur précise les droits des particuliers vis-à-vis quiconque crée un fichier à son égard.

Un deuxième intérêt en matière de données personnelles est l'intérêt commercial. Avec l'automatisation de la collecte et du traitement des données, les entreprises, de plus en plus, recueillent l'information personnelle sur leurs clients, comptent dessus, la vendent et la partagent et la manipulent. Même si, en partie, cette collecte des données vise à améliorer les stratégies de marketing ou le service à la clientèle, les entreprises ont également tiré profit de la vente à d'autres entreprises des renseignements recueillis[48]. De plus, l'automatisation de la collecte et du traitement des données a donné naissance à une véritable industrie de recherche d'information fondée sur la collecte et la manipulation des

renseignements recueillis ou achetés de diverses sources[40]. Les profils personnels des clients individuels ou potentiels ont une véritable valeur marchande, tout comme les renseignements plus génériques sur les consommateurs. Il est évident que ces intérêts commerciaux sont traités avec grand soin dans le projet de loi sur la protection de la vie privée, car le Code lui-même a été préparé avec le souci premier de ces intérêts[50]. Évidemment, en raison de la variété de ces intérêts, le Code ne pouvait combler tous les souhaits. Ainsi, la Canadian Newspaper Association s'est inquiétée du Code en raison de sa portée et de son application concernant le respect par les médias et la mesure dans laquelle il pourrait saper l'autonomie rédactionnelle[51]. Nombre d'intervenants clés dans les industries des soins de santé, notamment les principales associations d'assurance et de l'industrie pharmaceutique ont plaidé pour l'exclusion des renseignements médicaux de la portée du projet de loi C-54 afin d'éviter de graves inefficacités dans le secteur des soins de santé[52].

Les milieux de la recherche scientifique et médicale recherchent et utilisent également les renseignements personnels. Bien que, dans de nombreux cas, les chercheurs soient tenus d'utiliser l'information dépouillée de tout identificateur personnel, il n'en reste pas moins que l'existence de banques de données accessibles de cette manière à des fins de recherche est importante. On s'intéresse également à d'autres renseignements qui peuvent ne pas être classés comme confidentiels au sens médical, mais qui peuvent également être utiles pour établir des corrélations et déceler les tendances et des profils. Selon la manière dont elles sont rédigées, les restrictions visant la collecte, l'utilisation et la divulgation de ces renseignements peuvent avoir des répercussions réelles sur les activités des chercheurs scientifiques et médicaux. Il faut bien sûr signaler qu'une bonne partie de cette recherche a des applications commerciales même si, là où les objets de la collecte et de l'utilisation des données sont axés sur la recherche, les intérêts divergent de la collecte et de l'utilisation axées vers le marketing et l'établissement de profils de consommation. On ne sait pas précisément si ces intérêts étaient tous représentés dans la rédaction du Code type. Dans les mémoires au groupe de travail, en réponse au *Document de discussion*, les représentants du secteur des soins de la santé ont dégagé un certain nombre de changements au Code qu'ils jugeaient nécessaires. Mentionnons notamment une distinction législative entre les données permettant d'identifier une personne, ne permettant pas d'identifier une personne et anonymes, ainsi qu'une différenciation entre les utilisations privées sans but lucratif et privées à but lucratif[53].

Les responsables de l'application de la loi disent aussi avoir un intérêt dans les renseignements personnels recueillis par eux-mêmes ou par d'autres organismes ou sociétés. Dans certains cas, l'accès à ces renseignements peut être essentiel pour la prévention et la détection des crimes ou les poursuites ou encore, pour la sécurité de l'État. Évidemment, il existe de véritables problèmes de protection de la vie privée lorsque les renseignements sont utilisés à des fins de détection de la criminalité. Quoi qu'il en soit, ces intérêts existent et doivent être pris en compte dans la rédaction de toute loi concernant la protection des renseignements personnels. Dans nombre de cas, les dispositions concernant l'utilisation de ces données sont possibles sous forme d'exceptions aux règles générales comme c'est également le cas pour des fins de recherche médicale ou scientifique. La rédaction des exceptions est essentielle à la protection ou à la restriction

de ces intérêts. Élément significatif, la version du projet de loi C-54 présentée au Parlement était jugée si déficiente sur le plan du traitement de ces questions que, pour l'essentiel, les amendements envisagés au projet de loi visaient à raffermir l'accès aux renseignements personnels pour des fins de sécurité de l'État et les activités d'application de la loi[54].

Il existe un autre intérêt dont il faut tenir compte, c'est-à-dire l'intérêt de la population ou de l'État pour la santé et la sécurité. Il peut exister des cas où l'accès à l'information recueillie par le secteur privé peut être important pour régler des questions de santé et de sécurité. Dans d'autres cas, les sociétés qui recueillent l'information peuvent souhaiter divulguer les données qu'elles ont recueillies lorsque ce genre de problème se pose. Dans l'un ou l'autre cas, toute mesure législative concernant l'information personnelle doit porter sur ces intérêts.

Enfin, il faut tenir compte des intérêts des chercheurs non médicaux et non scientifiques. Ces chercheurs peuvent s'intéresser aux tendances démographiques, aux tendances de consommation et à une vaste gamme de questions sociologiques qui peuvent ressortir de l'étude des renseignements personnels recueillis dans une gamme de contextes. Que ces chercheurs soient à l'origine de la cueillette de ces renseignements ou qu'ils veuillent se fonder sur l'information recueillie par d'autres, les conditions et dispositions des lois concernant la protection des renseignements personnels auront sans doute une incidence sur eux et sur leurs activités[55].

L'étalon de réussite des lois concernant la protection des renseignements personnels repose sans doute sur la mesure dans laquelle ces mesures législatives peuvent tracer un équilibre entre la gamme des intérêts concurrentiels en ce qui a trait à ces données. Il est donc instructif de savoir que le gouvernement fédéral a décidé d'adopter un code élaboré avant tout en fonction des intérêts commerciaux du secteur privé, avec la participation de certain groupes de consommateurs. Même si le code contient certaines exceptions et que le projet de loi ajoute quelques modifications supplémentaires, il n'en demeure pas moins que le cœur de la loi visant la protection des renseignements personnels reste les critères normatifs établis par un organisme dont l'objectif premier était de faciliter l'utilisation commerciale des renseignements personnels tout en offrant aux consommateurs certaines garanties de protection des renseignements qui les touchent[56]. L'ampleur d'application envisagée, allant au-delà des intérêts intégrés dans la rédaction du code type, laisse fortement penser que le code peut, au mieux, rendre compte d'un consensus partiel et imparfait. En retour, cela peut permettre d'expliquer pour quelle raison le projet de loi n'est pas devenu loi pendant la dernière session parlementaire.

VII. Langue normative

Une des caractéristiques intéressantes du projet de loi est la nature de la langue normative utilisée. L'annexe, conçue au départ en tant que code volontaire, repose à la fois sur des expressions permissives ainsi que sur des obligations (devrait, comparativement

à doit). Même si l'impératif revient plus souvent que le conditionnel et est utilisé dans tous les principes de base, le recours au conditionnel ou au facultatif intervient assez fréquemment dans la description des principes. Au projet de loi même, ce genre de formulation est expliqué à l'article 5(2), précisant que « l'emploi du conditionnel dans l'annexe 1 indique qu'il s'agit d'une recommandation et non d'une obligation ». Même si cela est conforme à l'usage grammatical normal, à plus ample examen, cela soulève certaines questions importantes sur les dispositions normatives. Ainsi, en énonçant le deuxième principe selon lequel l'organisation doit préciser les fins pour lesquelles les renseignements personnels sont recueillis, au moment où elle est recueillie ou auparavant, il est précisé aux explications du principe que les objectifs *doivent* être précisés au plus tard à la collecte des données à la personne sur laquelle on recueille des renseignements personnels. On peut se demander quelle est précisément la règle.

Les dispositions relatives au consentement portent tout autant à confusion. Au troisième principe, il est précisé qu'il est nécessaire que la personne soit au courant et donne son consentement à la collecte, à l'utilisation ou à la communication des renseignements personnels, sauf lorsque cela n'est pas approprié. Les précisions concernant le principe du consentement, toutefois, sont d'un ton plus permissif, par exemple : la forme du consentement demandé par l'organisation peut varier, la façon dont l'organisation demande le consentement peut varier et les personnes peuvent donner leur consentement de diverses façons. La situation est davantage troublée par des formulations comme celle-ci : une organisation doit généralement obtenir le consentement exprès [par opposition à implicite] lorsque l'information risque d'être considérée comme délicate. Si ce n'est pas là un cas de consentement explicite obligatoire, il est difficile de voir qu'est-ce qui en constituerait un. De plus, en précisant les moyens par lesquels la personne peut donner son consentement, le Code autorise une sorte de consentement à option inverse : en effet, la personne peut cocher une case par laquelle elle signifie que son nom et son adresse ne doivent pas être donnés à d'autres organismes. Ceux qui ne cochent pas cette case sont réputés consentir au transfert des renseignements à des tiers[57]. Enfin, le projet de loi ne comporte aucune garantie selon laquelle les biens ou services ne peuvent être retenus si un consommateur refuse de consentir à la divulgation des renseignements personnels[58].

Un autre effet de l'intégration pure et simple d'un code industriel à la loi est l'introduction d'un ton plutôt « conversationnel » dans les dispositions normatives de la loi. Ainsi, tandis que les principes généraux sont énoncés dans une langue assez normalisée (p. ex. « La collecte de l'information personnelle se limite... »), les précisions sur les principes peuvent être assez discursives. Par exemple, en précisant l'un des aspects du consentement, il est stipulé au paragraphe 4.3.5 :

> ... une personne qui s'abonne à un périodique devrait raisonnablement s'attendre à ce que l'entreprise, en plus de se servir de son nom et de son adresse à des fins de postage et de facturation, communique avec elle pour lui demander si elle désire que son abonnement soit renouvelé. Dans ce cas, l'organisation peut présumer que la demande de la personne constitue un consentement à ces fins précises. D'un autre côté, il n'est pas raisonnable qu'une personne s'attende à ce que les renseignements personnels qu'elle fournit à un professionnel de la santé soient

> données sans son consentement à une entreprise qui vend des produits de soins de santé[59].

Il est certainement inhabituel qu'une loi soit rédigée de façon à s'interpréter avec autant de détails. Qui pourrait dire sans l'ombre d'un doute que cette forme de rédaction rend la loi plus conviviale en la rendant plus claire, plus facile à comprendre et plus facile à lire, ou si elle usurpe une fonction d'interprétation ou judiciaire en limitant la portée de l'interprétation de la loi.

L'une des caractéristiques du projet de loi qui l'éloigne de la facilité de compréhension est la manière dans laquelle, tout en plaçant les dispositions normatives du projet de loi à une annexe, le projet de loi C-54 offre néanmoins de nombreuses modifications à ces principes dans ses dispositions essentielles. Les articles 7, 8 et 9 du projet de loi décrivent des situations où il y a dérogation aux règles fixées à l'annexe. Ainsi, les préambules des alinéas 7(1)(2) et (3) commencent tous de cette façon : « Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente... » Il est manifeste que le lecteur doit disposer de certains renvois pour se souvenir de ne pas tenir compte de la note plutôt longue qui accompagne l'article 4.3 de l'annexe 1. Les articles 7(4), 7(5) et 8(8) du projet de loi commencent ainsi : « Malgré l'article 4.5 de l'annexe 1... », indiquant encore au lecteur de ne pas tenir compte d'une partie de l'annexe dans certaines circonstances. À l'article 8(1), on précise au projet de loi que la demande dont il est question à l'article 4.9 de l'annexe 1 doit être formulée par écrit. À l'article 8, on continue par une analyse détaillée du mécanisme par lequel la demande peut s'effectuer. Enfin, à l'article 9(1), on modifie encore l'annexe en précisant ceci : « Malgré l'article 4.5 de l'annexe 1... » et à 9(3), on précise « Malgré la note afférente à l'article 4.9 de l'annexe 1... ». Ces renvois et modifications sont malhabiles, lourds et rendent le projet de loi peu lisible et peu accessible[60]. À ce propos, le projet est très différent des autres instruments législatifs sur les droits de la personne ou la protection des consommateurs.

VIII. Amendements au projet de loi

Habituellement, les amendements aux dispositions normatives de la loi relèvent de l'assemblée législative ou du Parlement approprié. La raison de cela est que les principes de responsabilisation et de représentation dans une démocratie exigent un débat public et une discussion des dispositions importantes des lois et de leurs amendements. À des fins d'économie législative, les pouvoirs de réglementation peuvent être délégués au gouverneur en conseil, à un ministre ou même à une agence, tant que ces règlements portent sur des points essentiellement autres que de procédures ou non essentiels.

Le projet de loi C-54, il faut le signaler, déroge à cette coutume. On y prévoit la possibilité de modifier les dispositions normatives par l'entremise d'un article de la loi autorisant le gouverneur en conseil à adopter et à intégrer tout changement apporté par la CSA à son Code type de l'annexe[61]. Ainsi, cela permet non seulement de contourner le

mécanisme parlementaire habituel pour lequel existent des dispositions au projet de loi, mais aussi que les changements proviennent d'une organisation du secteur privé. Tandis que le gouverneur en conseil (ou le Cabinet) ne peut modifier les exceptions et exemptions contenues au projet de loi, il ne peut modifier non plus les mécanismes de supervision et d'exécution, mais peut, de cette manière, changer des dispositions essentielles comme celles touchant le consentement, l'objet de la collecte, la limitation de l'utilisation et de l'accès. Dans son mémoire au Comité permanent de l'Industrie, M. Murray Mollard de la Civil Liberties Association de C.-B. s'est inquiété de ceci :

> ... l'idée d'obligations de base figurant à une annexe et modifiables simplement par décision du Cabinet par opposition à des changements législatifs. Cette technique est véritablement à double tranchant. Il est ainsi plus facile d'apporter des changements augmentant la protection de la vie privée, mais il serait également plus facile d'apporter des modifications minant les intérêts en matière de protection de la vie privée. Nous croyons qu'il vaut mieux intégrer ces obligations au projet de loi et les assujettir au processus législatif d'amendement[62]. [Traduction]

Ce regrettable manque de démocratie est peut-être le résultat direct de la décision d'intégrer un code industriel dans une annexe du projet de loi, tout en permettant qu'il en constitue le centre normatif. On a proposé au Comité permanent que la loi intègre au moins les dix principes de base, non seulement pour la rendre plus facile à lire et à comprendre, mais aussi pour que ces principes soient à l'abri d'amendements non parlementaires et expéditifs.

IX. Aspects globaux

En se préparant à légiférer sur la protection des renseignements personnels, le gouvernement fédéral était certainement au fait des pressions internationales dues aux réalités des marchés mondiaux des biens, services et renseignements personnels. Ainsi, un autre facteur à l'origine de la rédaction du projet de loi était la pression internationale croissante visant à régler la question de la protection des renseignements personnels pour faciliter le commerce et prévenir la naissance d'abris d'information. Manifestement, si le Canada doit devenir un meneur du commerce électronique, il a besoin de lois répondant aux normes internationales naissantes concernant la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels. La *Directive européenne sur la protection des renseignements personnels* en vertu de laquelle les États signataires devaient adopter des lois en ce sens dès le 24 octobre 1998[63] et qui préconisait une restriction de la circulation des données vers les pays sans mesures équivalentes de protection[64] était une véritable échéance à respecter avant de l'absence de conformité manifeste aux normes internationales commence à poser pour le Canada un obstacle au commerce, dans ses relations avec les pays européens[65].

Les préoccupations internationales concernant la protection des renseignements personnels ne sont pas récentes, du moins à l'ère de l'électronique. En 1980, l'OCDE

publiait des lignes directrices sur la protection de la vie privée et la circulation transfrontière des renseignements personnels. S'inquiétant que des normes et réalités différentes dans divers pays puissent freiner la circulation transfrontière de l'information[66], l'OCDE a établi une série de principes de protection de l'information pouvant servir de base partagée permettant aux États membres de légiférer. Insistant sur la nécessité de faire la part entre les préoccupations de protection de la vie privée et les intérêts pour la libre circulation de l'information, l'OCDE souhaitait un objectif éventuel à long terme en matière de normes internationales de protection de la vie privée dans le sens de la *Convention de Berne* dans le domaine du droit d'auteur. Les pressions internationales visant la mise en place d'une certaine forme de protection de l'information personnelle ne sont pas restées lettre morte pour les rédacteurs canadiens. Au *Document de discussion*, on mentionne que la capacité d'offrir une protection efficace à l'information personnelle peut être cruciale pour la capacité du Canada de demeurer concurrentiel à l'échelle internationale dans une économie mondialisée de l'information[67].

Poursuivant sur le thème des pressions internationales, les auteurs du rapport poursuivent en précisant que le défi global de soutenir la concurrence sur le marché du commerce électronique signifie que nous n'avons pas le temps d'adopter une approche évolutionniste et lente pour parvenir à la protection des renseignements personnels et obtenir la confiance des consommateurs[68]. Même si cet énoncé est révélateur, car il laisse entrevoir que l'urgence derrière les mesures législatives se situe sur le plan économique, plutôt que sur celui des droits de la personne, il fait également ressortir le problème suivant, c'est-à-dire le besoin perçu d'aller rapidement et d'élaborer une norme nationale uniforme afin de relever le défi mondial. Dans un discours au Comité de l'industrie sur le projet de loi C-54, le ministre de l'Industrie rappelait aussi que la nécessité de procéder rapidement était motivée par des facteurs financiers, car... si nous élaborons un cadre approprié [pour le commerce électronique], nous pouvons augmenter notre part de marché à 33 milliards de dollars canadiens, d'où de nouvelles perspectives d'affaires et de nouveaux emplois créés[69].

Dans son objectif qui est d'établir une norme nationale, le projet de loi C-54 semble en fait déborder sur les compétences provinciales. Le projet de loi est conçu pour s'appliquer à toutes les organisations, que ce soit des entreprises ou ouvrages fédéraux fonctionnant à l'échelle interprovinciale ou uniquement à l'intérieur d'une province[70]. Pour adoucir la portée de la loi, le projet de loi comporte des dispositions laissant une période de grâce de trois ans aux provinces pour se doter de lois d'une portée équivalente. Si ce genre de lois est adopté et réputé équivalent ou plus strict que le projet de loi, la loi provinciale s'applique[71]. Le projet de loi C-54 autorise en outre la dévolution des fonctions de supervision à des commissaires provinciaux à la protection de la vie privée, dans certaines circonstances[72]. Toutefois, le but ultime est de veiller à une certaine cohérence nationale dans les normes et les mécanismes de surveillance. Ainsi, le gouvernement fédéral fixera les règles de base, même dans les domaines qui relèvent normalement de la compétence législative des provinces. Au *Document de discussion*, on laissait entrevoir les nécessités d'une norme nationale, mais on le faisait en termes de discours politique sur la nécessité de la collaboration :

> Pour parvenir à une protection véritablement complète de la vie privée pour tous les Canadiens, le gouvernement fédéral et ses homologues des provinces et territoires devront travailler de concert et en étroite collaboration afin de garantir une approche harmonisée dans tous les territoires. Cela est essentiel autant pour le commerce interprovincial qu'international[73]. [Traduction]

Le résultat ultime du projet de loi, par contre, empêche toute coopération au niveau de la discussion et des mécanismes de rédaction et offre un cadre d'autonomie provinciale limitée, le projet de loi étant la norme implicite universelle.

Il ne faut pas s'étonner que cet aspect du projet de loi ait suscité une controverse si vive au Québec. Le Bloc québécois s'est vigoureusement opposé au projet de loi devant le Parlement parce qu'il empiétait sur les compétences provinciales. Même si nombre ont fait remarquer que le Québec, puisqu'il dispose de lois plus strictes concernant la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, il sera exempté de l'application des normes fédérales, mais cela n'a pas semblé calmer les préoccupations des députés bloquistes au Parlement.

Quoi qu'il en soit, les dispositions de non-participation du projet de loi ont provoqué d'autres critiques. On a laissé entendre que la structure du projet de loi, qui autorise des exemptions pour certaines organisations ou certains secteurs particuliers, lorsque les lois provinciales sont réputées au moins aussi rigoureuses, pourrait bien adopter des règles différentes reposant sur les secteurs d'activités et les régions du Canada[74]. Quelqu'un d'autre formulait la critique suivante :

> J'ai de la difficulté avec le fait qu'on utilise des pouvoirs qui ont trait au commerce et qui, théoriquement, devraient s'appliquer ailleurs et que, par contre, on soit prêt à édicter des ordonnances en vertu desquelles la loi fédérale ne s'appliquerait que dans une ou deux provinces. Cela semble quelque peu paradoxal, voire illogique[75]. [Traduction]

Dans sa rédaction actuelle, le projet de loi laisse la possibilité que les règles québécoises plus strictes puissent aboutir à des normes différentes d'utilisation, de collecte et de communications de l'information entre cette province et les autres qui, soit relèvent de la loi fédérale ou optent pour des lois plus proches du modèle fédéral. Du point de vue du consommateur, cela peut aussi signifier que dans une seule province, par exemple le Québec, les règles concernant la collecte, l'utilisation et la communication de l'information varieront selon que le consommateur traite avec une entreprise fédérale, une société faisant du commerce interprovincial ou une entreprise ne fonctionnant qu'au Québec[76]. La situation devient encore plus trouble si l'on songe à l'article 27(2)d) du projet de loi, qui permettrait en outre au Cabinet d'exempter des organisations ou catégories d'organisations de l'application de la loi si certaines lois provinciales fixaient des normes suffisantes pour ces organisations. Il existe donc un risque considérable d'en arriver à un ensemble confus de normes différentes en matière de protection de la vie privée dans les provinces et entre celles-ci.

En plus de ces préoccupations, il faut signaler qu'il pourrait également être difficile aux entreprises privées intraprovinciales de se préparer à se conformer aux exigences de la loi puisqu'elles auront à se demander quelles sont les normes précises qu'elles devront respecter dans trois ans. Cela porterait également à confusion pour toute organisation ou catégorie d'organisations qui, à un moment donné, pourrait être exemptée des dispositions du projet de loi C-54 et assujettie à une norme différente. La confusion ne sera pas que pour les entreprises. La Commission québécoise d'accès à l'information a formulé des critiques sur les pouvoirs du Cabinet de déclarer certaines organisations exemptées du projet de loi C-54, en raison des grandes incertitudes que cela provoquerait :

> .. la Commission s'étonne que l'exclusion d'organisations ou d'activités puisse faire l'objet d'un pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil. Ne serait-il pas plus approprié qu'une loi dont l'un des objectifs est le respect de la vie privée soit rédigée de façon à ce que les citoyens sachent clairement quels sont leurs droits en la matière et quelles sont les entreprises visées?[77]

Dans ce contexte, on peut se demander si l'esprit du compromis canadien a ajouté d'autres couches de complexité à l'établissement d'une protection uniforme des renseignements personnels. Le gouvernement fédéral aurait évidemment pu affirmer son pouvoir en matière de commerce général et créer une norme nationale unique, uniforme et inflexible. À défaut de cela, il nous reste une sorte de « mosaïque trouée» dont les lacunes devront se révéler dans les années à venir.

La pression pour l'adoption d'une norme nationale uniforme pour améliorer la situation du Canada en tant que meneur dans le commerce électronique lucratif ne sera probablement pas confinée au domaine de la protection des renseignements personnels. Il existera toute une gamme de questions, de la protection des bases de données aux normes de droit commercial de commerce électronique qui, par leur nature proprement transfrontalière, exige des solutions nationales conformes aux normes internationales. Dans ce contexte, la voie choisie pour parvenir à des normes nationales au projet de loi C-54 justifie un examen, car elle pourrait servir de cas type pour les prochaines initiatives législatives.

X. Conclusion

Malgré les nombreux problèmes et les nombreuses lacunes du projet de loi C-54, il y avait un sentiment général de déception lorsqu'il est mort au feuilleton en juin 1999. Même si l'échec du projet de loi C-54 a déçu nombre d'industries et de défenseurs de la vie privée, le regret partagé concernant l'incapacité de faire du projet de loi C-54 une loi ne provenait pas nécessairement des mêmes préoccupations. C'est peut-être la nature de la société technologique mondiale qui a créé ce sentiment d'urgence dans l'industrie, ainsi que l'érosion croissante de la protection de la vie privée qui ont créé ce sentiment d'urgence chez les défenseurs de la vie privée et des consommateurs. Que ces deux groupes aux intérêts conflictuels soient réunis pour regretter la chute du projet de loi est un

autre indice de la tentative difficile d'accommoder les intérêts des deux dans l'initiative législative.

Il est en fait troublant que la situation, quelle soit marquée du sceau de l'avenir du commerce électronique du Canada ou de la protection de la vie privée des Canadiens, soit perçue comme si sombre que l'on regrette l'abandon d'un projet de loi aussi lacunaire. Des problèmes concernant la fin précise du projet de loi et sa langue normative aux questions complexes de compétence et aux pouvoirs inquiétants d'amendement, le projet de loi mérite une refonte et une rédaction en profondeur. Il ne semble évident qu'on ne lui accordera pas autant d'attention. On est laissé à se demander si les problèmes du projet de loi C-54 constituent une anomalie législative ou s'ils rendent compte de l'amorce d'une tendance du législateur d'aborder les changements rapides issus de la technologie et de la mondialisation et qui menacent de dépasser rapidement la portée du pouvoir législatif et les pouvoirs des citoyens.

Notes de fin de document

[1] À remarquer que le projet de loi ne vise en aucune façon à empêcher la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements personnels, mais plutôt à établir des normes autorisant cette collecte, cette utilisation et cette communication.

[2] Jennifer Ditchburn, "Privacy legislation delayed indefinitely" *Canadian Press Newswire* (le10 juin 1999).

[3] David Flaherty, *Protecting Privacy in Surveillance Societies* (Chapel Hill, Caroline du Nord : University of North Carolina Press, 1989) p. 1.

[4] "The End of Privacy" *The Economist* (1er mai 1999) p. 21.

[5] *Ibid.*, p. 23, l'article de *The Economist* est d'un ton très sceptique sur l'avenir de la protection de la vie privée.

[6] À titre d'exemple, l'article 7 du projet de loi précise les circonstances dans lesquelles une organisation peut recueillir des renseignements personnels à l'insu et sans le consentement d'un particulier.

[7] Le projet de loi ne contient pas de modifications aux principales exceptions, aux dispositions de supervision et administratives ainsi qu'aux dispositions de recours et de redressement.

[8] En direct : site Web de l'Association canadienne de normalisation <http://www.cssinfo.com/info/csa.html>

[9] Groupe de travail sur le commerce électronique, *La protection des renseignements personnels : pour une économie et une société de l'information au Canada* (Ottawa, Industrie Canada, 1998) p. 9. [appelé aux présentes le *Document de discussion*].

[10] OCDE, *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, adoptées le 23 septembre 1980. En direct : Organisation pour la coopération et le développement économiques <http://www.oecd.org//dsti/sti/it/secur/prod/priv-fr.html>

[11] Conformément à la *Loi sur le Conseil canadien des normes*, LRC 1970, 1er supplément, chap. 41, modifié par l'article 4(2)e). Voir aussi le *Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 9.

[12] En direct : site Web du Conseil canadien des normes : <http://www.scc.ca/about/index.html>

[13] *Loi sur le Conseil canadien des normes*, art. 4(1). À remarquer que dans le cas du projet de loi C-54, une norme adoptée, lorsqu'aucune normalisation n'est expressément prévue par la loi, est choisie pour devenir en fait une loi.

[14] *Ibid.*

[15] *Loi sur le Conseil canadien des normes*, art. 4(2)m). Évidement, il existe une distinction entre intégrer une norme par renvoi et en faire le cœur d'un nouvel instrument législatif, comme c'est le cas du projet de loi C-54.

[16] *Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 10.

[17] *Ibid.*

[18] *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, LQ 1993, chap. 17. À remarquer que dans les exposés au Comité permanent de l'Industrie, un député du Bloc québécois, Francine Lalonde, a fait remarquer que l'on aurait pu s'attendre à ce que le nouveau projet de loi repose sur la loi québécoise. Le mardi 9 février 1999, 1620.

[19] *Directive sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, 1995. En direct : <http://www2.echo.lu/legal/fr/dataprot/directiv/direct.html>

[20] Ainsi, la *Directive européenne* porte création de catégories spéciales de données dont le traitement est plus rigoureusement contrôlé. Ces catégories comprennent les données qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les croyances religieuses ou philosophiques, l'adhésion syndicale et le traitement de l'information concernant la santé ou la vie sexuelle. (*Directive européenne*, art. 8). L'article 13 de la Directive permet aux États membres de prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits prévus lorsque cela est une mesure nécessaire pour sauvegarder notamment la sûreté de l'État, la défense, la sécurité publique, la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou de manquement à la déontologie, l'intérêt économique et financier d'un État, les fonctions de réglementation et la protection de la personne concernée.

[21] À l'article 18 de la loi québécoise (*supra*, note 18), on trouve de vastes exemptions concernant la divulgation sans consentement, notamment les communications qui ont trait à la poursuite des délinquants, à la vie, à la santé et à la sécurité, aux études, à la recherche ou à des fins statistiques, à la perception des créances, etc. Le législateur pose des conditions particulières à l'article 21 concernant la communication de renseignements à des fins d'études, de recherche ou de statistique et qui vont bien au-delà des dispositions du projet de loi C-54.

[22] Feuilleton et avis (n° 220) En direct : Internet parlementaire <http://www.parl.gc.ca/36/1/parlbus/chambus/house/orderpaper/ordrs-e.html>

[23] *Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 13.

[24] Même s'il est fait mention, dans nombre de documents de la CSA et du gouvernement, de la diversité des représentants qui ont pris part à la rédaction du Code type, il est difficile de savoir précisément qui étaient les participants.

[25] À titre d'exemple, on précise au *Document de discussion* que la Fondation des normes de télévision par câble, l'Association canadienne de télévision par câble et Stentor Politique des télécommunications Inc. ont à l'unanimité voté en faveur du Code type de la CSA. Malgré cela, les neuf mémoires que le Groupe de travail a reçus du secteur des télécommunications et de la câblodistribution en réponse au *Document de discussion*, deux seulement appuyaient expressément le projet de loi (*Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 19). Les objections de ce secteur ne portaient pas tant sur le Code type de la CSA, mais sur le fait qu'il deviendrait obligatoire en vertu de la loi. De la même façon, l'Association des banquiers canadiens, qui favorisait le Code de la CSA, s'opposait à ce qu'il fasse partie d'une loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (*Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 20).

[26] *Children's Privacy Protection and Parental Empowerment Act*, HR 369 IH (106e Congrès) le 19 janvier 1999.

[27] À titre d'exemple, dans une étude sur les pratiques en matière de protection de la vie privée en direct, la Commission américaine du commerce a trouvé que malgré l'initiative triennale de la Commission en matière de vie privée, une initiative appuyant une autoréglementation concernant les préoccupations des consommateurs à ce titre, la grande majorité des entreprises branchées n'avaient pas encore adopté même les pratiques les plus fondamentales et équitables en matière d'information (avis/sensibilisation). Federal Trade Commission, "Privacy Online: A Report to Congress", juin 1998. En direct : Federal Trade Commission <http://www.ftc.gov/reports/privacy3> cité de <http://www.ftc.gov/reports/privacy3/conclu.htm>

[28] Groupe de travail sur le commerce électronique, *La protection des renseignements personnels : pour une économie et une société de l'information au Canada*, analyse détaillée des mémoires (Ottawa, l'Imprimeur de la Reine, 1998) p. 11 [aux présentes *Analyse détaillée*]. En direct : Groupe de travail sur le commerce électronique <http://strategis.ic.gc.ca/privacy>

[29] *Ibid.*, p. 12.

[30] En fait, le groupe de travail constatait que tous les commissaires à la vie privé sont en faveur d'une loi sur la protection de la vie privée, mais tous estiment que la norme de la CSA a besoin d'améliorations considérables pour devenir le fondement d'une loi sur la protection de la vie privée. (*Analyse détaillée*, p. 13.) De cette façon, le groupe de travail constatait que tous les organismes de consommateurs sont en faveur d'une loi fédérale sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, mais aucun ne croit que la norme de la CSA puisse suffire pour servir de base à cette loi. (*Analyse détaillée*, p. 15).

[31] *Ibid.*, p. 12.

[32] Voir, par exemple, la recommandation 2 de Valerie Steeves, "Private Forum: An Experiment in Electronic Democracy" (Ottawa, le 27 mars 998), p. 4. En direct : Réseau éducation-médias <http://www.réseaux-médias.ca/fre/enjeux/enjeux.htm> et les mémoires dans Richard S. Rosenberg, comparution devant le comité permanent de l'industrie (le 9 février 1999). En direct : Electronic Frontier Canada <http://insight.mcmaster.ca/org/efc/pages/doc/efc-rosen-c54.09feb99.html> Bien sûr, l'opinion voulant que le Code n'était qu'un point de départ ne signifiait pas que les groupes de consommateurs et les commissaires à la vie privée s'opposaient

à l'adoption du projet de loi. L'opinion voulant que cela soit décidément mieux que rien du tout était partagée par de nombreux groupes. Ainsi que le déclarait Pippa Lawson du Public Interest Advocacy Centre, le plus important pour la population canadienne est d'obtenir une certaine norme minimale. (Jennifer Ditchburn, "Time running out for privacy legislation" *Canadian Press Newswire* (le 2 juin 1999).

[33] *Flaherty*, *supra*, note 3, p. 7.

[34] *Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 5.

[35] Discours du ministre John Manley devant le Comité de l'industrie sur le projet de loi C-54 (le 1er décembre 1998). En direct : page d'accueil du Groupe de travail sur le commerce électronique <http://strategis.ic.gc.ca/virtual_hosts/e-com/francais/speeches/42d6.html>

[36] *Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 1-2.

[37] *Manley*, *supra*, note 35 : « Nous serons bien placés pour faire du Canada un chef de file mondial dans le domaine du commerce électronique. »

[38] *Avis de la Commission d'accès à l'Information du Québec concernant le projet de Loi C-54*, (novembre 1998). En direct : Commission d'accès à l'Information du Québec <http://www.cai.gouv.qc.ca/a981514.htm>

[39] La protection des renseignements personnels, pour certains, est un sous-ensemble de la loi sur la protection de la vie privée. Ainsi, dans le *Handbook Exploring the Legal Context for Information Policy in Canada*, on peut lire : □traduction□ Il existe un ensemble plus étroit de questions dans le contexte de la protection de la vie privée, questions qui portent sur les droits à l'information (par distinction avec les autres droits de la personne) et qu'on a appelées les questions de protection des renseignements personnels. (Barry Cleaver, et. al., *Handbook Exploring the Legal Context for Information Policy in Canada*, (Faxon Canada Ltd., 1992) p. 10). Le groupe de travail, dans son *Document de discussion*, fait aussi de la protection des renseignements personnels un sous-ensemble de la protection de la vie privée et la définit comme étant le droit des particuliers à préciser le moment, la manière et la mesure dans laquelle ils partagent l'information personnelle à leur sujet avec d'autres. (*Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 5). Toutefois, malgré cela, la protection des données personnelles est un aspect essentiel de la protection de la vie privée.

[40] À l'article 2, il écrit : « La présente Loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant les institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent. » *Loi sur la protection des renseignements personnels*, chap. P-21, art. 2. À remarquer que M. Flaherty mentionne que même dans cette loi, le terme de protection de la vie privée n'est pas plus amplement défini, ce qui est regrettable. (*Flaherty*, *supra*, note 3, p. 253).

[41] *Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 28.

[42] Dans un article publié récemment dans the *Economist*, on mentionnait que les poursuites en matière de protection de la vie privée réussissent rarement, sauf en France, et même là, elles sont rares. Les tribunaux sont dans la quasi-impossibilité de trouver une définition juridique suffisamment précise de la vie privée. (*The Economist*, *supra*, note 4, p. 22).

[43] *Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 28. À remarquer dans sa critique du projet de loi, le Privacy Forum mentionnait ceci : La valeur de la protection de la vie privée en tant que droit de

la personne doit être explicite et la loi doit intégrer et adopter les définitions de protection de la vie privée et de protection des renseignements personnels contenues au glossaire du document de discussion. (*Steeves*, *supra*, note 32, p. 5). L'article 36 du Code civil du Québec donne une liste d'exemples des invasions dans la vie privée au sens large et cela couvrirait également la protection des renseignements personnels. Les clauses d'introduction de la *Directive européenne* mentionnent les droits fondamentaux de la personne dans chacune des trois clauses d'introduction. Au premier article de la *Directive*, on peut lire « les États membres assurent, conformément aux dispositions de la présente Directive, la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel. » (*Directive européenne*, *supra*, note 19), même si elle ne contient pas à proprement parler de définition de la vie privée.

[44] À remarquer que cette formulation des obligations plutôt que des droits peut être directement attribuable à la décision d'adopter un code industriel en tant que centre normatif de la loi. Par nécessité, ce code serait rédigé dans le but d'établir des règles de conduite pour les entreprises, plutôt que les droits des particuliers.

[45] La question, telle que posée au *Document de discussion*, est la suivante : La norme de la CSA doit-elle être la base ou le point de départ de la rédaction de la loi? Est-elle suffisamment précise dans l'établissement des obligations ou certaines obligations doivent-elles être explicitées? Existe-t-il d'autres obligations non exposées à la norme de la CSA et qui doivent figurer à la loi? (*Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 25).

[46] *Ibid.*, p. 9.

[47] Art. 35 du Code civil du Québec

[48] Pour avoir une idée de la gamme des activités commerciales où il y a des données personnelles, voir Ian Lawson, *Privacy and Free Enterprise: The Legal Protection of Personal Information in the Private Sector* (Ottawa: Public Interest Advocacy Centre, 1992) p. 8 à 13.

[49] Voir, par exemple, Bret Dawson, "Invasion of the Data Snatchers", *shift>magazine*, septembre 1997, 54-60. Voir aussi *The Economist*, *supra*, note 4.

[50] À titre d'exemple, le projet de loi C-54 se décrit lui-même comme une loi visant à appuyer et à promouvoir le commerce électronique. De plus, l'ampleur de la définition du consentement à l'article 4.3.7 est un indice de l'orientation vers l'industrie.

[51] *Analyse détaillée*, *supra*, note 28, p. 21. Ces préoccupations ont été en partie réglées par l'article 7(1)c) du projet de loi qui autorise la collecte de renseignements personnels à l'insu ou sans le consentement, si cette collecte vise seulement des fins journalistiques, artistiques ou littéraires.

[52] Jennifer Ditchburn, "Time running out for privacy legislation" *Canadian Press Newswire* (le 2 juin 1999).

[53] *Analyse détaillée*, *supra*, note 28, p. 17.

[54] Voir la liste des amendements au projet de loi C-54, en direct : Internet parlementaire <http://www.parl.gc.ca/36/1/parlbus/chambus/house/orderpaper/ordrs-e.html>

[55] L'article 7(3)f) permet la communication des renseignements personnels à l'insu ou sans le consentement du particulier si cette divulgation vise des fins statistiques, de recherche

universitaire ou de recherche et qu'il n'est pas pratique d'obtenir le consentement; l'organisation informe le commissaire de cette communication avant la divulgation des renseignements.

[56] Le grand nombre de modifications au projet de loi C-54 est la preuve que, à tout le moins, les secteurs de la sécurité nationale et de l'application de la loi ne figuraient pas au consensus initial. De plus, les critiques constantes sur certaines parties du projet de loi de la part des consommateurs et des groupes de pression permettent de penser que le document de consensus ne reflétait peut-être pas adéquatement ces intérêts. Le projet de loi a été également vertement critiqué par l'Association du barreau canadien et l'industrie de l'assurance. Dans un bulletin d'actualité récent, on mentionnait que l'opposition la plus virulente au projet de loi venait du ministère ontarien de la Santé, de l'Association dentaire canadienne et de l'Ontario Medical Association, selon lesquels le projet de loi C-54 serait à l'origine d'inefficacités graves et ne devrait pas s'appliquer au secteur de la santé. (Jennifer Ditchburn, "Privacy legislation in parliamentary limbo" *Canadian Press Newswire* (le 3 mai 1999).

[57] Annexe 1, article 4.3.7b). On peut comparer cela à la loi québécoise qui, à l'article 14, stipule ceci : « le consentement à la communication ou à l'utilisation de renseignements personnels doit être manifeste, libre, éclairé et être donné à des fins spécifiques. » Dans la Directive européenne, à l'article 7, on précise que les États membres doivent veiller à ce que les renseignements personnels ne soient traités que si la personne visée a donné son consentement non équivoque.

[58] L'article 9 de la loi québécoise précise des circonstances limitées où des biens, services ou emplois peuvent être refusés en raison de la non-divulgation de renseignements personnels.

[59] Projet de loi C-54, 1re session,, 36e législature, 1997-98-99, annexe 1, art. 4.3.5.

[60] Cette formulation lourde a été relevée par d'autres critiques du projet de loi. Ainsi, Marie Vallée du groupe Action réseau consommateur mentionnait dans son discours au Comité permanent de l'Industrie que les règles, qui sont partagées entre le corps de la loi et l'annexe, ne sont pas faciles à comprendre. (Comité permanent de l'Industrie, le mardi 9 février 1999, p. 1550) En direct : Internet parlementaire : <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/INDY/Meetings/Evidence/indyev85-f.htm> Jacques St. Amant, procureur du groupe Action réseau consommateur et d'Option consommateurs, a laissé entendre au cours de la même séance que les principes fondamentaux devraient être éliminés de l'annexe et intégrés au projet de loi, laissant les explications de l'annexe comme guide d'interprétation. À son avis, il serait de la sorte plus facile aux parties concernées de comprendre et d'appliquer les dispositions. (Comité permanent, *Ibid.*, p. 1650).

[61] À l'article 27(2), on peut lire que le gouverneur en conseil peut, par décret... b) modifier l'annexe 1 pour rendre compte des révisions à la norme nationale du Canada intitulée *Code type pour la protection des renseignements personnels*, CAN/CSA-Q830-96.

[62] Murray Mollard, prenant la parole au Comité permanent de l'Industrie, le 9 février 1999, *supra*, note 60, par. 1545.

[63] À l'article 32 de la *Directive*, on accorde aux États membres trois années à compter de la date de ratification pour adopter des lois, règlements et dispositions administratives nécessaires pour se conformer à la Directive. La *Directive* a été adoptée le 24 octobre 1995.

[64] À l'article 25(1) de la *Directive*, on précise que les transferts de données à des pays tiers à des fins de traitement ne peut avoir lieu que si, sans compromettre le respect des dispositions nationales adoptées conformément aux autres dispositions de la Directive, le pays tiers en

question garantit un niveau adéquat de protection. Les facteurs dont tenir compte pour savoir si le tiers pays offre un niveau adéquat de protection sont exposés à l'article 25(2) et comprennent notamment la règle du droit, générale et sectorielle, en vigueur dans le tiers pays en question.

[65] En fait, au *Document de discussion*, on précise que la Directive risque de faire de la protection des renseignements personnels un grand obstacle au commerce non tarifaire avec le Canada. À défaut de protection adéquate des renseignements personnels, le Canada peut risquer un blocage des données provenant de l'Union européenne. (*Document de discussion*, supra, note 9, p. 8). Cette préoccupation est aussi reprise dans le discours du ministre de l'Industrie au Comité de l'industrie sur le projet de loi C-54, lorsqu'il dit que la Directive européenne peut bloquer la circulation des données entre le Canada et l'Union européenne, à défaut de protection adéquate de la vie privée. (*Manley*, *supra*, note 35). Toutefois, dans *The Economist*, on rappelle qu'il pourrait ne pas être dans l'intérêt de l'Europe d'imposer la question de la protection de la vie privée. Si, par ailleurs, l'UE insiste pour bloquer les exportations de données, cela pourrait non seulement lancer une guerre du commerce, mais aussi bloquer complètement le développement du commerce électronique en Europe, infligeant des coûts énormes à l'économie américaine. (*The Economist*, supra, note 4, p. 23).

[66] On mentionnait au rapport que les disparités de la loi pourraient créer des obstacles à la libre circulation de l'information entre pays. La circulation de l'information a considérablement augmenté ces dernières années et continuera probablement, par suite des nouvelles technologie informatique et de communications. (OCDE, mémoire explicatif (le 23 septembre 1980)) p. 6 à 23. En direct : Organisation pour la coopération et le développement économiques <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/secur/prod/PRIV-EN.HTM#4>

[67] *Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 7.

[68] *Ibid.*, p. 8.

[69] *Manley*, *supra*, note 35. Le ministre Manley poursuivait, disant que le Canada était engagé dans une « course mondiale ».

[70] Projet de loi C-54, art. 4.

[71] À l'article 30 du projet de loi, on autorise le retard de l'application du projet de loi à la collecte, à l'utilisation et à la communication intraprovinciales des renseignements personnels qui relèvent de la compétence des provinces. Le délai est de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du projet de loi. À l'article 27(2)d) du projet de loi, le gouverneur en conseil peut exempter des organisations ou classes d'organisations de l'application de la loi si ces organisations sont régies par une loi provinciale suffisamment analogue à cette section.

[72] Projet de loi C-54, art. 25.

[73] *Document de discussion*, *supra*, note 9, p. 12.

[74] Marie Vallée, mémoires au Comité permanent de l'Industrie, *supra*, note 60, par. 1550.

[75] Jacques St. Amant, *Ibid.*, par. 1610. M. St. Amant poursuit et signale que les exemptions autorisées à l'article 27(2)d) pourraient éventuellement aboutir à un clivage tout à fait phénoménal. Il se pourrait que, dans certaines provinces, on adopte des lois fondamentalement similaires et égales ou non, en cas de clivage entre organisations et activités, les entreprises

fédérales étant régies par un autre système. Le citoyen nagera totalement dans la confusion et les entreprises elles-mêmes pourraient ne plus savoir ce qu'il en est. (*Ibid.*, par. 1635)

[76] L'essence un peu trouble des dispositions d'adhésion et de sortie figurant au projet de loi C-54 sont analysées par la Commission québécoise sur l'accès à l'information, dans son rapport sur le projet de loi C-54, *supra*, note 38, p. 12 de 23.

[77] *Avis de la Commission d'accès à l'Information*, *supra*, note 38, p. 13.